

## Tilburg University

### Wijziging van de arbeidsovereenkomst

Jellinghaus, S.F.H.; Zondag, W.A.

*Published in:*  
Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch

*Publication date:*  
2014

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Jellinghaus, S. F. H., & Zondag, W. A. (2014). Wijziging van de arbeidsovereenkomst. In J. H. Even, A. R. Houweling, C. J. Loonstra, & W. A. Zondag (Eds.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch* (pp. 377-423). (Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch; No. Editie 2014). SDU-uitgevers.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**SduCommentaar**

# Arbeidsrecht Thematisch

**Sdu** UITGEVERS

2014

De inhoud van dit commentaar is bijgewerkt tot en met 1 oktober 2013.

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
tel.: (070) 37 89 880  
fax: (070) 37 89 783  
www.sdu.nl/klantenservice

© Sdu Uitgevers bv Den Haag, 2005  
Negende herziene druk 2013

Basisontwerp omslag: Bert Arts, Arts Grafische Vormgeving  
Vormgeving omslag: LMP Communicatiestrategie & Creatie, Den Haag  
Ontwerp binnenwerk: Villa Y, Den Haag

Citeertitel: [Naam auteur] 2014, Sdu Commentaar Arbeidsrecht, 114 BW Boek 2 art. 8, C.2

ISBN: 9789012391375  
ISBN ebook: 9789012391382  
NUR: 825

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprecht.nl](http://www.reprecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

## Wijziging van de arbeidsovereenkomst

dr. mr. S.F.H. Jellinghaus  
prof. mr. W.A. Zondag

Art. 613<sup>(1)</sup>

BW Boek 7

Werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de mogelijkheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor in aanmerking kan worden genomen. Het belang van de werknemer moet van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Uitgevaardigd door: dr. mr. S.F.H. Jellinghaus en prof. mr. W.A. Zondag

## A. Inleiding

De problematiek van de wijziging van arbeidsvoorwaarden heeft zich sinds de jaren zeventig ontwikkeld tot een belangrijk thema binnen het arbeidsrecht. Werkgevers ondervinden een toenemende behoefte aan flexibiliteit om hun organisatie aan te passen aan veranderende marktomstandigheden. Herstructureringen en bedrijfssovernames worden vaker noodzakelijk. Wet- en regelgeving vormen evenmin constante factoren. De wetgeving met betrekking tot zieke werknemers in de afgelopen jaren ingrijpend veranderd. Hetzelfde geldt voor de fiscale regels ten aanzien van de loonbelasting. Hierbij valt overigens meer te denken aan de introductie van de werkkostenregeling (zie hierover het commentaar van L. Jansen op de Wet op de Loonbelasting).<sup>2</sup> In de afgelopen jaren is het leerstuk van de (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden in belangrijke mate verder ontwikkeld in rechtspraak en literatuur. Tekenend voor de ontwikkeling is het feit dat in een periode van minder dan twee jaar drie monografieën over het onderwerp verschenen.<sup>3</sup>

Werknemers wordt vaker verlangd dat zij met gewijzigde omstandigheden 'mee-gevoelen' en aanpassing van functie, arbeidsplaats, arbeidstijden of beloning accepteren. Het is zover het niet gaat om 'harde' arbeidsvoorwaarden in de arbeidsovereenkomst, wordt de werkgever hier aanpassingen in aanbrengen. Dan moet wel duidelijk zijn wanneer het gaat om 'harde' arbeidsvoorwaarden. Vaak ontbreekt een schriftelijk contract en/of op schrift gestelde, en op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde, regelingen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden.<sup>4</sup> Ook als er wel een schriftelijke arbeidsovereenkomst bestaat, proberen veel werkgevers flexibiliteit in te bouwen. Zij omschrijven bijvoorbeeld functies van werknemers heel algemeen, zoals 'algemeen algemene dienst' of 'medewerker administratie'. Het is de vraag waar de grens ligt tussen de aan de werkgever toekomende vrijheid om bepaalde arbeidsvoorwaarden na te leven of niet, en het door de werknemer verkregen recht. Is er überhaupt sprake van een arbeidsvoorwaarde? De aan de werkgever toekomende instructiebevoegdheid uit artikel 7:660 BW biedt hier ook enige vrijheid. Alsdan is geen sprake van een wijziging van de arbeidsovereenkomst, maar van een uitvoering binnen de grenzen van het contract en het goed werkgeverschap. Evenmin is sprake van een 'echte' wijziging wanneer het leerstuk van de uitleg van toepassing is.

Arbeidsovereenkomst, wijziging arbeidsvoorwaarden door werkgever

## A

Wijziging arbeidsvoorwaarden, markontwikkeling

Arbeidsvoorwaarden, flexibele interpretatie

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-04-1997; zoals laatstelijk gewijzigd bij: Stb. 1998, 107.

<sup>2</sup> Zie over D.J. van Praag, 'De fiscale werkkostenregeling: een arbeidsrechtelijke splijtzwam', *ArbeidsRecht* 2009, nr. 54 en J.W. de Tombe, 'Enige fiscale veranderingen met ingang van 2013 (of toch niet?)', *ArbeidsRecht* 2012, nr. 54.

<sup>3</sup> Zie de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Kluwer 2008, A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Kluwer 2009; N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Kluwer 2009.

<sup>4</sup> De werkgever wel verplicht schriftelijke informatie over de arbeidsvoorwaarden te verstrekken, zie artikel 7:660 BW.

**Wijziging arbeidsvoorwaarden, rechtsmiddelen**

Soms hoeft een werkgever een door de werknemer verkregen recht niet te accepteren. Hij kan trachten het verkregen recht, net als een op schrift gestelde arbeidsvoorwaarde, te wijzigen. Weigert de werknemer hieraan mee te werken dan staan de werkgever verschillende middelen ter beschikking. Enkele hiervan hebben een expliciet wettelijke grondslag en worden in dit commentaar besproken. De werkgever kan trachten de werknemer te bewegen zijn instemming te geven (zie paragraaf C.2).

In veel gevallen wordt in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen, op grond waarvan hij gerechtigd kan zijn de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen (zie paragraaf C.3). Voor invoering van een dergelijk 'bijzonder beding' (zie thema Bijzondere bedingen) moet een toetsing plaatsvinden aan de hand van de in artikel 7:613 BW opgenomen criteria.

Is geen eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen of leent de aard van de wijziging zich niet voor toepassing van dit middel, dan kan een beroep van de werknemer op handhaving van de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden in strijd komen met het goed werknemerschap (zie thema Goed werkgeverschap en goed werknemerschap) of met de redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf C.4). De werkgever kan zich ook op grond van artikel 6:258 BW tot de rechter wenden teneinde bij constitutief vonnis een grondslag voor aanpassing van de arbeidsovereenkomst te verkrijgen (zie paragraaf C.5). Tot slot is het ook mogelijk de ontslaggrond te volgen (zie paragraaf C.6). Afgesloten wordt met een korte schets van toekomstige ontwikkelingen (C.9). Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat ook een ontwikkeling heeft plaatsgevonden waarbij juist werknemers meer flexibiliteit binnen de arbeidsovereenkomst proberen te verkrijgen. Met een beroep op goed werkgeverschap werd wijziging van arbeidstijden te verkrijgen. Deze of arbeidsduur, of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gevorderd.<sup>5</sup> Deze mogelijkheid bestaat nog steeds, maar veel hiervan is inmiddels in wetgeving ondergaan.<sup>6</sup> bijvoorbeeld in de Wet flexibiliteit en zekerheid (aanspraak op arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd), de Wet aanpassing arbeidsduur en de Wet arbeid en zorg. Zo was de kantonrechter Utrecht van oordeel dat een werkgever moest aanvaarden dat een chronisch zieke werknemer zijn werk voornamelijk vanuit de eigen woning ging verrichten.

**B****B. Wetstechnische binnenvaart**

Zie [www.sducommentaararbeidsrecht.nl](http://www.sducommentaararbeidsrecht.nl) voor een actueel overzicht.

**C****C. Behandeling kernproblematiek****Inhoudsopgave**

- C.1 Beleidsvrijheid of verworven recht?
  - C.1.1 Inleiding
  - C.1.2 De lagere jurisprudentie
    - C.1.2.1 Snelle aanvaarding
    - C.1.2.2 Restrictieve aanvaarding
    - C.1.2.3 Gematigde aanvaarding
    - C.1.2.4 Lijn in de rechtspraak?
  - C.1.3 Opvattingen in de literatuur
    - C.1.3.1 Vergelijking met het leerstuk van rechtsverwerking
    - C.1.3.2 Rechtsverwerking toegepast op problematiek van verworven rechten
    - C.1.4 Benadering vanuit bewijsrechtelijk perspectief
- C.2 Wijziging met wederzijds goedvinden

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 28 februari 2012, «JAR» 2012/8.  
<sup>6</sup> Ktr. Leeuwarden 5 maart 2003, Prg. 2003, 6013; Ktr. Amsterdam 30 augustus 2004, «JAR» 2004/224.  
<sup>7</sup> Ktr. Utrecht 12 juni 2012, «JAR» 2012/178.

- Zorgvuldige weging
- Betekent functieverlaging tevens salarisverlaging?
- Reikwijdte van de cao
- Geen concurrentie t.a.v. arbeidsvoorwaarden
- Het eenzijdige wijzigingsbeding
- Inleiding
- Het schriftelijkheidsvereiste
- Aard van de arbeidsvoorwaarden
- Toetsingscriteria
- Betekenis houding van de OR/vakbond/personeel
- Het verdwenen 'tweede lid'
- Betekenis van standpunt vakbond/OR
- Redelijkheid en billijkheid, goed werkgever- en werknemerschap
- Van der Lely/Taxi Hofman
- Midnet Taxi
- Stoof/Mammoet
- Goed werknemerschap, redelijke wijzigingsvoorstellen
- Redelijkheid van het formele aspect van het aanbod
- Restcategorie: de onaanvaardbaarheidsmaatstaf
- Imprévision
- Onvoorziene omstandigheid
- Meerwaarde van artikel 6: 258 BW
- Toepassing van artikel 6: 258 BW in het arbeidsrecht
- Wijzigingsontslag
- De opzegging
- De ontbinding
- Verweer tegen wijziging
- Historie

## C.1 Beleidsvrijheid of verworven recht?

### C.1.1 Inleiding

De meest ideale situatie is tussen werknemer en werkgever een schriftelijke arbeidsovereenkomst afgesloten waarin alle tussen partijen afgesproken arbeidsvoorwaarden zijn verwoord, eventueel in samenhang met de toepasselijke cao en een personeelsreguleerboek. Aanvullingen hierop dienen schriftelijk te worden vastgelegd. De praktijk is echter anders. Een arbeidsovereenkomst wordt regelmatig mondeling aangegaan. Schriftelijke vastlegging wordt immers ook niet in artikel 7:610 BW vereist voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Bovendien kan door de jaren heen de inhoud van een arbeidsovereenkomst veranderen, hetgeen niet altijd schriftelijk wordt vastgelegd.

Arbeidsovereenkomst,  
(niet) schriftelijk

# Wijziging arbeidsovereenkomst, instructierecht

## Wijziging op grond van instructierecht

### Wijziging arbeidsovereenkomst, informatieverplichting

Bij het onderwerp 'wijziging van arbeidsvoorwaarden' is het van belang om na te gaan in hoeverre sprake is van 'echte' arbeidsvoorwaarden danwel van 'ordevoorschriften'. De werkgever beschikt immers over het zogenoemde instructierecht (art. 7:660 BW) op grond waarvan de werkgever het recht ordevoorschriften uit te vaardigen waaraan werknemers zich moeten houden.<sup>8</sup> Voorbeelden hiervan zijn voorschriften met betrekking tot e-mail- en internetgebruik, controlevoorschriften bij ziekte, kledingvoorschriften en rook-, eet- en pauzevoorschriften. Ordevoorschriften als zodanig zijn geen arbeidsvoorwaarden.<sup>9</sup>

Het voorgaande betekent niet dat het instructierecht altijd tekort zou schieten als grondslag voor de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Zo kan een tijdelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden soms worden gebaseerd op het instructierecht. Aldus van de arbeidsvoorwaarden dat de werkgever een instructiebevoegdheid toekomt, 'die hij besliste Hof Leeuwarden dat de werkgever een instructiebevoegdheid toekomt, 'die hij als goed werkgever binnen redelijke grenzen dient te gebruiken' en dat van een goed werknemer in dit verband 'onder omstandigheden verlangd worden dat hij bereid is tijdelijk elders te werken als dat nodig is voor herstel van verstoorde arbeidsverhoudingen'.<sup>10</sup> De tijdelijke overplaatsing van de werknemer van een vestiging in Lelystad naar een vestiging in Almere vanwege ongewenste intimiteiten op het werk was daarom legitiem. De beslissing van de werkgever – een transportbedrijf – om de vrachtwagens voortaan op een nieuwe locatie te laten parkeren in plaats van bij de werknemers thuis met als gevolg dat werknemers te maken kregen met langere reistijden, kon eveneens worden gebaseerd op het instructierecht ex art. 7:660 BW.<sup>11</sup> Wel diende de uitoefening van het instructierecht te worden getoetst aan de eisen die het goed werkgeverschap meebrengen. In casu voldeed de beslissing van de werkgever aan deze eisen. Belangrijk aspect van de beoordeling was dat de werkgever met betrekking tot de bedrijfsvoering en de inrichting van haar onderneming een zekere mate van vrijheid toekomt, dat er goede argumenten waren voor de beleidswijziging en dat de werkgever een passende overgangsmaatregel (compensatie gedurende een jaar) had getroffen.

Op grond van artikel 7:655 BW dient de werkgever bepaalde arbeidsvoorwaarden schriftelijk aan de werknemer te melden. Aangezien alleen de belangrijkste arbeidsvoorwaarden behoeven te worden vermeld, garandeert voornoemde verplichting niet dat de arbeidsovereenkomst helder en duidelijk is over alle wederzijdse rechten en plichten tussen werkgever en werknemer. Het is mogelijk dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst door tijdsverloop is achterhaald en bepaalde al dan niet op geld waardeerbare 'tradities' zijn ontstaan. Voorbeelden hiervan zijn:

- de werknemer heeft een vaste roostervrije dag;
- bij het bepalen van de vakantieperiode van de werknemer wordt rekening gehouden met de voor hem belangrijke schoolvakanties;
- de werknemer mag werkgeverseigendommen, zoals gereedschappen of een auto, privé gebruiken;
- gedurende ziekte van de werknemer betaalt de werkgever hem het volledige loon door;
- de werkgever betaalt ten behoeve van de werknemer een pensioenpremie;
- de werkgever keert de werknemer jaarlijks aan het einde van het jaar een bonus uit;

8 Zie het onderdeel 'Instructierecht van de werkgever' in dit commentaar.

9 Ktr. Maastricht 29 maart 2005, «JAR» 2005/105. In Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, «JAR» 2009/265 werd beslist dat een afvloeiingsregeling evenmin kon worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde in de zin van art. 7:613 BW. Zie voorts W.A. Zondag, Gezagsuitoefening in relatie tot het directierecht en de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen, in: C.J. Loonstra e.a., *Gezag in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

10 Hof Arnhem 8 december 2009, LJN BK6103 (overplaatsing na arbeidsconflict).

11 Hof Arnhem 27 maart 2011, LJN BP8529 (wijziging standplaats vrachtwagen).



De werknemer krijgt jaarlijks een extraatje, zoals een kerstpakket, een verjaardags-  
 geschenk, een personeelsuitje;  
 Het loon voor het werk wordt uitbetaald.

De praktijk moet regelmatig worden beoordeeld of een recht werkelijk is verworven.  
 Het Hof Den Bosch is de werkgever hieraan gebonden. De werknemer kan in rechte nakoming  
 van de wetten bijvoorbeeld de wettelijke verhoging vorderen wegens het te laat uitbetalen  
 van salaris. Een verkregen recht kan onder andere worden aanvaard op grond van de  
 redelijkheid en billijkheid.

De vraag wanneer een aan de werknemer toegekend voordeel het karakter heeft  
 van een arbeidsvoorwaarde – eigenlijk een vraag op het terrein van de uitleg  
 van de arbeidsovereenkomst – is nog niet eenduidig beantwoord. De Hoge Raad heeft  
 op deze vraag nog geen van betekenis zijnde arresten gewezen.<sup>12</sup>

Het Hof Den Bosch in de Frans Maas-zaak de door de werkgever gedurende  
 een aantal jaren toegepaste – maar niet op schrift gestelde en in de arbeidsovereen-  
 komsten geïncorporeerde – suppletieregeling als een door werknemers verkregen recht  
 aanvaardt.<sup>13</sup> Het Hof overwoog – in de lijn van HR 8 april 1994 – dat ‘(...)de supple-  
 tieregeling niet is vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomsten met de werk-  
 nemers van Frans Maas betekent naar het oordeel van het hof niet dat deze regeling  
 onderdeel van deze arbeidsovereenkomsten is gaan uitmaken. Ook al is de sup-  
 letieregeling bij het sluiten van de betreffende arbeidsovereenkomsten niet uitdruk-  
 kelijk aan de orde gekomen, zoals Frans Maas stelt maar FNV uitdrukkelijk betwist,  
 aan de jurisprudentie dat niet doorslaggevend zijn de aanvankelijk overeengekomen  
 arbeidsvoorwaarden, maar dat mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen  
 in de praktijk aan de arbeidsovereenkomst uitvoering hebben gegeven. In de betreffende  
 zaak was de regeling ‘als een in de praktijk gegroeid gebruik deel uit gaan maken van  
 de arbeidsovereenkomsten’. En verder ‘Vaststaat dat Frans Maas tot 1 januari 1994 ten  
 gunste van de groep werknemers, om wie het in deze procedure gaat – en dat zijn  
 werknemers onder 3.1.1 is gerelateerd bijna alle bij Frans Maas in dienst zijnde  
 werknemers (nl. ruim 94% van de werknemers) –, gedurende vele jaren vanaf de eerste  
 jaren ziekte de ziekingelduitkering gedurende één jaar steeds onverkort heeft aan-  
 vulling van 100% van het laatstgenoten nettosalaris en dat de werknemers deze aanvulling  
 hebben geaccepteerd, althans niet gesteld of gebleken is dat dit niet het geval  
 was. Deze jarenlange aanvulling van het ziekingeld rechtvaardigt geen andere  
 conclusie dan dat de suppletieregeling als een in de praktijk gegroeid gebruik deel is  
 gaan maken van de arbeidsovereenkomsten van de betreffende werknemers, op het  
 moment waarvan in de toekomst dezen in redelijkheid mochten vertrouwen. Daarbij  
 moet uit het oog te worden verloren dat de aanvulling van het ziekingeld is aan  
 een loon (de normale inhoudingen van loonbelasting e.d. werden ook toe-  
 gerekend op deze aanvulling) en loon het meest elementaire bestanddeel van de arbeids-  
 overeenkomst is, aan de betaling waarvan de werkgever zich niet eenzijdig kan ont-  
 trekken. Dat de suppletiepraktijk nimmer schriftelijk is vastgelegd maakt dit niet anders.  
 Het Hof Den Bosch in de Frans Maas-zaak nimmer schriftelijk tot ongewijzigde voortzetting van  
 de suppletiepraktijk heeft verbonden. De betreffende verplichting volgt immers uit de  
 inhoudelijkheid dat de regeling, zoals gezegd, deel is gaan uitmaken van de arbeidsover-  
 eenkomst ten gevolge waarvan Frans Maas ook zonder schriftelijke vastlegging tot  
 nakoming daarvan verplicht is en blijft – de redelijkheid en billijkheid verlangen in de

**Arbeidsvoorwaarden,  
 bindende verwo-  
 venheid**

**Frans Maas-arrest**

<sup>12</sup> In HR 3 juni 2005, «JAR» 2005/173 wordt ingegaan op een concreet bewijsaanbod van werknemers ten  
 gunste van ‘verkregen rechten’.

<sup>13</sup> Hof Den Bosch 18 juni 2001 en 1 april 2003, «JAR» 2003/128.

eerste plaats trouw (ook aan het stilzwijgend) gegeven woord –, tenzij zoals hierboven is aangegeven ongewijzigde instandhouding van de suppletie-regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’ Het Hof gaf in de motivering geen inzicht in het aantal jaren dat de suppletie werd toegekend. Er werd volstaan met de opmerking dat de suppletie al ‘vele jaren’ werd toegekend.

### C.1.2 De lagere jurisprudentie

In de lagere rechtspraak komt men ten aanzien van de ‘verkregen-rechtenproblematiek’ verschillende ‘stromingen’ tegen: een relatief snelle aanvaarding, een meer restrictieve aanvaarding en een ‘gematigde’ aanvaarding.<sup>14</sup>

#### C.1.2.1 Snelle aanvaarding

##### Verworven recht, snel

Een relatief snelle aanvaarding wordt wel gemotiveerd door een beroep op het vertrouwensbeginsel: de werkgever die ten onrechte een vertrouwen bij de werknemer heeft opgewekt, moet de gevolgen hiervan dragen.<sup>15</sup> Uitbetaling van 100 procent van het loon bij ziekte wordt in deze visie – als niet evident is dat sprake is van een administratieve fout – al snel een verworven recht. In deze zin oordeelde recent Kantonrechter Utrecht.<sup>16</sup> De werkneemster had in laatstgenoemde zaak voldoende aangetoond dat zijzelf in het verleden gedurende verschillende (langere) ziekteperiodes 100% van het loon doorbetaald heeft gekregen. Ook bleek uit door haar overgelegde producties dat een collega verschillende keren 100% tijdens ziekte had ontvangen. Er was daarom sprake van een ‘bestendig gebruik’ dat volgens de kantonrechter gevolgd moest worden. Daaraan deed niet af dat in de schriftelijke arbeidsovereenkomst de wettelijke regeling (70% van het maximumdagloon) van toepassing was verklaard. In dezelfde lijn liggen:

- Ktr. Enschede 10 maart 2011, LJN BP7566 (aannee van een bestendig gebruik van volledige loondoorbetaling bij ziekte);
- Ktr. Amersfoort 20 mei 2009, «JAR» 2009/150 (in de arbeidsovereenkomsten was bepaald dat werknemers in de maand december een winstuitkering van maximaal 1/12 deel van het jaarsalaris ontvangen, “indien en voor zover het bedrijfsresultaat dit toelaat, zulks ter beoordeling aan de directie”. De werkneemsters hadden over 2004, 2005 en 2006 een winstuitkering ontvangen en volgens de OR zou al gedurende een langere reeks van jaren een winstuitkering zijn gedaan. De kantonrechter was van oordeel dat daarom niet kan worden gesproken van een variabele winstuitkering, maar van een vaste dertiende maand). In hoger beroep is deze uitspraak vernietigd: Hof Amsterdam 9 november 2010, «JAR» 2010/12. Het hof oordeelde dat het enkele feit dat werknemers gedurende enkele jaren een bonus hadden gekregen, geen verkregen recht opleverde. Het hof toetste daarbij het beroep van de werkgever op de contractuele regeling (terecht) aan art. 6:248 lid 2 BW;
- Hof’s-Hertogenbosch 17 juli 2007, RAR 2007, 18 (bestendig gebruik suppletie bij ziekte leidt tot een aanspraak op suppletie);
- Ktr. Breda 18 januari 2007, «JAR» 2007/58 (De kantonrechter stelt vast dat vanaf het begin van 2001 tot 1 augustus 2006 steeds 100% van het loon is betaald ten tijde van de veelvuldige afwezigheid van de werkneemster wegens arbeidsongeschiktheid, dit in weerwil van de bepaling in de arbeidsovereenkomst over 80% doorbetaling. Gelet hierop kan bezwaarlijk worden geoordeeld dat de werkneemster er niet op mocht vertrouwen dat bij een nieuwe ziekmelding het loon, evenals in de voorafgaande jaren, volledig betaald zou worden. Naast het tijdsverloop weegt

14 Zie o.a. S.F.H. Jellinghaus, Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname (diss. UvT), Deventer: Kluwer 2003, p. 60-86; M. Poelsema, Het ontstaan van verworven rechten: ligt de heilige graal in Duitsland?, Arbeid Integraal 2008/1, p. 73; A.M. Berghorst, De bonus, SMA 2006, 5, p. 197-208.

15 Ktr. Lelystad 20 december 2000, «JAR» 2001/60 (bedrijfsreglement sluit betaling van overwerk niet uit).

16 Ktr. Utrecht 28 juni 2006, «JAR» 2006/234.

ierboven  
aaststaven  
otivering  
staan me

lematie  
strictie

t vertrou  
mer hee  
at van  
ministe  
onrecht  
toond  
% van  
ucties  
s daarin  
st worden  
e regelle  
tijn ligg  
g gebruik

msten  
maxima  
fsresult  
dden de  
ou al ge  
tonrecht  
bele win  
e uitspr  
oordeale  
us hadde  
beroep  
BW;  
appletic

at dat van  
betaald  
beidson  
t over 80  
rknem  
evenals  
loop we

e of over  
n: ligt de  
197-208/  
niet uit)

bij mee dat, naar ter zitting is komen vast te staan, de volledige betaling van het loon bij ziekte nimmer onderwerp van gesprek is geweest);  
Kant. Haarlem 31 januari 2007, «JIN» 2007/147 m.nt. W.A. Zondag (de jarenlang gewijzigde inroostering binnen het tijdraam van een zogenoemde poule moest een verworven recht en aldus als onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomsten met werknemers worden beschouwd. Dat in die arbeidsovereenkomsten geen afspraken over werktijden waren vermeld, deed hieraan niet af);  
Kant. Amsterdam 15 februari 2007, «JAR» 2007/56 (onjuiste berekening van bonus komt geheel voor rekening van de werkgever; werknemer mocht vertrouwen op juistheid van het eerder berekende bedrag);  
Kant. Helmond 27 april 1999, rolnummer 99/687, niet gepubliceerd (de kantonrechter oordeelde dat een verworven recht was ontstaan omdat binnen het bedrijf gebruikelijk was 100% loon door te betalen tijdens ziekte en de werknemer daar dus op mocht vertrouwen);  
Kant. Sittard 5 september 2001, «JAR» 2001/209 (de kantonrechter overweegt dat een werknemer die gedurende langere tijd, in casu 10 maanden, zijn volledige loon bij ziekte krijgt doorbetaald, erop kan en mag vertrouwen dat de werkgever ook daarna het volle loon blijft betalen, ook al is er contractueel 70% afgesproken, behoudens als de werkgever duidelijk aangeeft dat hij zich heeft vergist);  
Kant. Eindhoven 25 april 1995, «JAR» 1995/106 (de kantonrechter overwoog dat wat is komen te staan dat tijdens eerdere ziekteperiodes van eiser gedaagde steeds het ziekingeld heeft gesuppleerd, zonder dat hieraan een verplichting uit hoofde van de wet, een cao of een overeenkomst ten grondslag lag. Derhalve is ten aanzien van eiser het gebruik ontstaan het ziekingeld te suppleren);  
Kant. Haarlem 25 september 1981 en 19 maart 1982, Prg. 1983, 1936 (aanvaarding van een verworven recht omdat een gratificatie bij indiensttreding zonder enig voorbehoud in het vooruitzicht werd gesteld en omdat sprake is van een jaarlijks vast bedrag);  
Kant. Harderwijk 16 mei 1984, Prg. 1984, 2144 (gedurende zes jaar toekennen van een gratificatie leidt tot een vaste aanspraak die de werkgever niet in een volgend jaar – vanwege het slechte functioneren van de werknemer – mocht wijzigen).

### C.1.2.2 Restrictieve aanvaarding

Restrictieve aanvaarding gaat juist van het tegenovergestelde uit: vrijgevigheid van de werkgever mag niet te snel worden opgevat als een impliciet gemaakte afspraak. In het licht hiervan ligt bijvoorbeeld de uitspraak van Kantonrechter Amsterdam.<sup>17</sup> De kantonrechter overwoog dat het een werkgever in zijn algemeenheid vrijstaat om jaarlijks te maken of en aan wie en welke bonussen worden uitgekeerd, zij het bij voorkeur aan de hand van een toetsbaar beleid. Wel brengt goed werkgeverschap mee dat een werkgever ter zake niet willekeurig handelt. Dat betekent dat, indien reeds jarenlang een bonus wordt uitgekeerd, de werkgever gehouden is om eventuele wijzigingen in de praktijk op goede gronden en in redelijkheid aan te brengen. In de onderhavige zaak was de werkgever niet bevoegd om na dertien jaar zonder een toereikende motivering een ingrijpende wijziging in het bonusbeleid aan te brengen. In dezelfde zin kantonrechter Breda die ten aanzien van een door de werkgever betaald werknemersdeel van de pensioenpremie de nadruk legde op de vrijheid van de werkgever om extraatjes te erkennen: 'In dit verband overweegt de kantonrechter dat de werkgever een zekere vrijheid niet moet worden ontzegd, om afhankelijk van de financiële reilen en zeilen van zijn bedrijf, naast wat hij met de werknemers uitdrukkelijk is overeengekomen, ook jaarlijks zekere tegemoetkomingen aan zijn werknemers te doen zonder verplicht om dat de toekomstige resultaten der bedrijfsvoering enerzijds en de wenselijkheid anderzijds van voorspoed daarin de werknemers te laten delen zonder daartoe in tijden

Verworven recht,  
restrictief

<sup>17</sup> Kant. Amsterdam 30 juli 1998, «JAR» 1998/231.

...dat, naar ter zitting is komen vast te staan, de volledige betaling van de loon bij ziekte nimmer onderwerp van gesprek is geweest);

...Haarlem 31 januari 2007, «JIN» 2007/147 m.nt. W.A. Zondag (de jarenlang gewijzigde inroostering binnen het tijdraam van een zogenoemde poule moest worden verworven recht en aldus als onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomsten met werknemers worden beschouwd. Dat in die arbeidsovereenkomsten afspraken over werktijden waren vermeld, deed hieraan niet af);

...Amsterdam 15 februari 2007, «JAR» 2007/56 (onjuiste berekening van bonus wordt geheel voor rekening van de werkgever; werknemer mocht vertrouwen op juistheid van het eerder berekende bedrag);

...Helmond 27 april 1999, rolnummer 99/687, niet gepubliceerd (de kantonrechter oordeelde dat een verworven recht was ontstaan omdat binnen het bedrijf gebruikelijk was 100% loon door te betalen tijdens ziekte en de werknemer daarop mocht vertrouwen);

...Gittard 5 september 2001, «JAR» 2001/209 (de kantonrechter overweegt dat een werknemer die gedurende langere tijd, in casu 10 maanden, zijn volledige loon bij ziekte krijgt doorbetaald, erop kan en mag vertrouwen dat de werkgever ook daarna het volle loon blijft betalen, ook al is er contractueel 70% afgesproken, zolang als de werkgever duidelijk aangeeft dat hij zich heeft vergist);

...Gindhoven 25 april 1995, «JAR» 1995/106 (de kantonrechter overwoog dat het niet komen te staan dat tijdens eerdere ziekteperiodes van eiser gedaagde steeds ziekengeld heeft gesuppleerd, zonder dat hieraan een verplichting uit hoofde van de wet, een cao of een overeenkomst ten grondslag lag. Derhalve is ten aanzien van eiser het gebruik ontstaan het ziekengeld te suppleren);

...Haarlem 25 september 1981 en 19 maart 1982, Prg. 1983, 1936 (aanvaarding van een verworven recht omdat een gratificatie bij indiensttreding zonder enig voorbehoud in het vooruitzicht werd gesteld en omdat sprake is van een jaarlijks bedrag);

...Harderwijk 16 mei 1984, Prg. 1984, 2144 (gedurende zes jaar toekennen van een gratificatie leidt tot een vaste aanspraak die de werkgever niet in een volgend jaar vanwege het slechte functioneren van de werknemer – mocht wijzigen).

### C.1.2.2 Restrictieve aanvaarding

Restrictieve aanvaarding gaat juist van het tegenovergestelde uit: vrijgevigheid van de werkgever mag niet te snel worden opgevat als een impliciet gemaakte afspraak. In het licht bijvoorbeeld de uitspraak van Kantonrechter Amsterdam.<sup>17</sup> De kantonrechter overwoog dat het een werkgever in zijn algemeenheid vrijstaat om jaarlijks te beslissen en aan wie en welke bonussen worden uitgekeerd, zij het bij voorkeur aan iemand van een toetsbaar beleid. Wel brengt goed werkgeverschap mee dat een werkgever ter zake niet willekeurig handelt. Dat betekent dat, indien reeds jarenlang bonus wordt uitgekeerd, de werkgever gehouden is om eventuele wijzigingen in het beleid op goede gronden en in redelijkheid aan te brengen. In de onderhavige zaak wilde de werkgever niet bevoegd om na dertien jaar zonder een toereikende motivatie een ingrijpende wijziging in het bonusbeleid aan te brengen. In dezelfde zin oordeelt rechter Breda die ten aanzien van een door de werkgever betaald werknemersdeel van pensioenpremie de nadruk legde op de vrijheid van de werkgever om extraatjes te toekennen: 'In dit verband overweegt de kantonrechter dat de werkgever een zekere toekomst niet moet worden ontzegd, om afhankelijk van de financiële reilen en zeilen van het bedrijf, naast wat hij met de werknemers uitdrukkelijk is overeengekomen, ook jaarlijks zekere tegemoetkomingen aan zijn werknemers te doen zonder verplichting om zulke tegemoetkomingen te blijven doen. De nu eenmaal gegeven onzekerheid over de toekomstige resultaten der bedrijfsvoering enerzijds en de wenselijkheid om de werknemers van voorspoed daarin te laten delen zonder daartoe in tijden

Verworven recht,  
restrictief

<sup>17</sup> Amsterdam 30 juli 1998, «JAR» 1998/231.

van tegenspoed te zijn gehouden brengen dit met zich mee. Deze vrijheid van de werkgever zou op onaanvaardbare wijze worden ingeperkt als zijn vrijgevigheid door nalaten telkenmale het onverplichte karakter van de tegemoetkoming te benadrukken in een verplichting zou veranderen, omdat zulk nalaten als afstand van recht wordt uitgelegd.<sup>18</sup>

In dezelfde lijn liggen de uitspraken van de:

- Ktr. Amsterdam 9 augustus 2012, «JAR» 2012/228 (het gedurende vijf jaar ontvangen van een arbeidsmarkttoeslag maakt niet dat het een vast onderdeel van de beloning en daarmee een verkregen recht is geworden);
- Hof Amsterdam 9 november 2010, «JAR» 2011/12 (het hof oordeelde dat het enkele feit dat werknemers gedurende enkele jaren een bonus hadden gekregen, geen verkregen recht – in de zin van een toezegging aan de werknemers – opleverde. Het hof toetste daarbij het beroep van de werkgever op de contractuele regeling (terecht) aan artikel 6:248 lid 2 BW);
- Ktr. Dordrecht 19 augustus 2010, LJN BN4773, «JAR» Geannoteerd 2011/45 m.nt. Vogel (een gedurende vele jaren toegekende gratificatie is geen verkregen recht vanwege onder meer het bestaan van een contractueel voorbehoud);
- Ktr. Dordrecht 13 december 2007, RAR 2008, 34 (het gedurende vier jaar ontvangen van een bonus is nog geen verkregen recht);
- Hof Amsterdam 19 april 2007, RAR 2007, 158 (onverschuldigde betaling gedurende de periode van één jaar is nog geen verkregen recht, zodat terugvordering mogelijk was);
- Hof Amsterdam 22 februari 2007, RAR 2007/133; Ktr. Amsterdam 4 januari 2006, «JAR» 2006/86 (verkregen recht op 13e maand na toekenning ervan gedurende 23 jaar komt te vervallen omdat sprake is van strijdigheid met standaard-cao; goed werknemerschap brengt in dat geval mee dat ook niet aan de cao gebonden werknemers geen aanspraak op de beloning maken);
- Ktr. Rotterdam 12 mei 1995 en 20 oktober 1995, «JAR» 1995/257 (vrijheid van de werkgever bij ziekte een wachtdag in te voeren);
- Ktr. Haarlem 8 december 1999, Prg. 2000, 5485 (het enkele feit dat een dertiende maand een aantal jaren achter elkaar was uitgekeerd betekende nog niet dat de werkgever hieraan gebonden was);
- Ktr. Utrecht 14 december 2001, «JAR» 2002/8 (werknemer kon niet aannemelijk maken dat een andere regeling gold);
- Ktr. Utrecht 30 juni 1999, «JAR» 2000/55 (enkele feit dat in het verleden ten aanzien van het inleveren van de auto na een periode van ziekte incidenteel ten aanzien van een collega van de werknemer coulance was betracht, leverde nog geen verkregen recht op);
- Ktr. Utrecht 25 oktober 2006, «JAR» 2006/294 (De werkgever die zes jaar lang een fout in de berekening van een persoonlijke toeslag had gemaakt, mocht het niet correct berekende bedrag nog terugvorderen: 'het beroep van de werknemer op het vertrouwen dat hij het te veel ontvangen bedrag mocht behouden, is ongegrond. Partijen hebben langdurig onderhandeld over de overeenkomst van 8 juni 1999 en van de werknemer mag worden verwacht dat hij af en toe zijn loonstrook ter hand neemt en beziet of deze in grote lijnen juist is. En dat hij bij twijfel navraag doet bij de werkgever'.)

<sup>18</sup> Ktr. Breda 16 februari 1994, «JAR» 1995/3.

restrictieve benadering hoeft overigens niet altijd tot afwijzing van een 'verkregen recht' te leiden. Illustratief is de uitspraak van de Kantonrechter Maastricht.<sup>19</sup> De kantonrechter liet in een goed gemotiveerd vonnis het voor rekening van de werkgever dat een sinds acht jaar in de praktijk gevolgde vermindering van de arbeidsduur (van 36 naar 35 uur per week) zonder duidelijk voorbehoud van werkgeverszijde was overgegaan in een 'verkregen recht'. Van *coulance* kon niet (meer) worden gesproken.

#### \* C.1.2.3 Gematigde aanvaarding

De aanvaarding bestaat in de jurisprudentie nog een andere variant die uitgaat van een zogeheten Salomonsoordeel, een verdeling van het risico tussen partijen. Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van Rechtbank Groningen<sup>20</sup>, waarin deze tot het oordeel kwam dat de werkgever zonder een daartoe strekkende afspraak niet was gehouden om bij ziekte van de werknemer het volledige loon aan hem door te betalen. Dit bestendige gebruik bracht in zijn ogen wél met zich mee dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat hij bij ziekte enige aanvulling zou ontvangen. Om deze reden kwam de rechter tot de conclusie dat de werknemer bij ziekte recht had op doorbetaling van het loon tot een bedrag van 85%. Een vergelijkbaar oordeel is te vinden in een uitspraak van de Kantonrechter Enschede.<sup>21</sup> De werkgever had aan de werknemer een personenauto ter beschikking gesteld die hij ook privé mocht gebruiken. Deze auto werd door de werknemer vervangen door een busje dat minder geschikt was voor privé-gebruik. De vraag of een recht van de werknemer op privé-gebruik van de auto was ontstaan. De kantonrechter kwam tot de conclusie dat hier geen sprake was van een 'auto van de zaak' maar kende de werknemer wel het recht op een maandelijkse tegemoetkoming van € 200,00 toe.

Verworven recht,  
gematigd

#### C.1.2.4 Lijn in de rechtspraak?

Gaan men naar de grondslag voor het aanvaarden van een verkregen recht, dan valt op dat kantonrechters relatief veel gewicht toekennen aan het tijdsverloop. Het enkele feit dat gedurende een bepaalde – kortere of langere – periode een arbeidsvoorwaarde niet in strijd met de letterlijke tekst van het contract – wordt toegekend, is in deze visie voldoende voor het aanvaarden van een verkregen recht. Een andere grondslag wordt toegepast voor het aanvaarden van het verworven recht – al dan niet in combinatie met het tijdsverloop – is het gelijkheidsbeginsel. In verschillende uitspraken wordt het gelijkheidsbeginsel gebruikt als argument om de werknemer aanspraak te geven op arbeidsvoorwaarden die niet expliciet waren overeengekomen.<sup>22</sup> Een andere relevante omstandigheid bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een verkregen recht is het antwoord op de vraag of de werkgever de werknemer (jaarlijks eraan heeft toegekend) dat de verstrekte beloning een niet-verplicht karakter heeft. Indien daarvan sprake is wordt een periodieke betaling niet snel een verworven recht.<sup>23</sup>

Verworven recht,  
rechtspraak

<sup>19</sup> Rb. Maastricht 29 maart 2005, «JAR» 2005/105.

<sup>20</sup> Rb. Groningen 8 juni 1994, «JAR» 1994/147. Zie ook Ktr. Den Haag 11 juli 2002, Prg. 2002, 5927.

<sup>21</sup> Ktr. Enschede 4 december 1998, Prg. 1999, 5099.

<sup>22</sup> Rb. Lelystad 20 december 2000, «JAR» 2001/60; Ktr. Utrecht 21 april 1992, Prg. 1992, 3736; Ktr. Dordrecht 24 augustus 2006, LJN AY6951.

<sup>23</sup> Rb. Amsterdam 9 november 2010, «JAR» 2011/12.

Verworven recht, literatuur

### C.1.3 Opvattingen in de literatuur

Voor de rechtswetenschap en de rechtspraktijk is het van belang dat er meer duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een verworven recht ontstaat. De Wit heeft in dit verband betoogd dat aansluiting kan worden gezocht bij de gewoonte en/of het gebruik.<sup>24</sup> Naar haar mening kan pas na een lange periode sprake zijn van een verworven recht. Daarbij gaan haar gedachten uit naar een periode van meer dan tien jaren. Van Slooten kiest voor een andere interpretatie. Hij stelt ten aanzien van gratificaties dat het redelijk is om na verloop van drie jaren aan te nemen dat een arbeidsvoorwaarde is ontstaan.<sup>25</sup>

Verworvenheid, rechtsverwerking: vergeleken

#### C.1.3.1 Vergelijking met het leerstuk van rechtsverwerking

De problematiek van de verworven rechten kan worden vergeleken met die van de rechtsverwerking en vormt in feite diens spiegelbeeld. Rechtsverwerking, een leerstuk dat voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid, doet zich voor wanneer het indienen van een vordering dusdanig strijdig is met eerder gedrag of nalaten van de betreffende partij dat het toekennen van de vordering tot een onaanvaardbare uitkomst leidt.<sup>26</sup> Letterlijk genomen: de oorspronkelijk rechthebbende heeft zijn rechten 'verwerkt'. Volgens de Hoge Raad kan een beroep op rechtsverwerking enkel vanwege tijdsverloop niet snel worden aangenomen.<sup>27</sup> Dit heeft geleid tot de volgende regel:<sup>28</sup>

*'Dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.'*<sup>29</sup> Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking; daartoe is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.<sup>30</sup>

Het 'enkel stilzitten' is volgens de Hoge Raad onvoldoende om rechtsverwerking aan te nemen.<sup>31</sup> Ook in het arbeidsrecht vindt deze terughoudende benadering toepassing.<sup>32</sup> Deze gang van zaken neemt niet weg dat de verwerende partij door het stilzitten wordt benadeeld, hetgeen een omstandigheid vormt die eventueel wel bij de beoordeling kan worden meegenomen.<sup>33</sup> Daarbij moet de rechtsverwerking worden gezien binnen het

24 M.A.C. de Wit, Het goed.werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 221-222.

25 J.M. Van Slooten, Arbeid en loon, Deventer: Kluwer 1999, p. 396.

26 Zie over rechtsverwerking G.J.J. Rijken, Redelijkheid en billijkheid (Monografieën nieuw BW, A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 56; A.S. Hartkamp, Verbintenissenrecht II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 320-323; R.P.J.L. Tjittes, 'Rechtsverwerking, tijdsverloop en verjaring', NTBR 1995, p. 53-58; E.M. Hoogervorst, 'Rechtsverwerking', BB 1998, p. 1-3; R.P.J.L. Tjittes, 'Relativering van rechtsverwerking', NTBR 1999, p. 193-198; J.L. Smeechuijzen, De bevrijdende verjaring, Deventer: Kluwer 2008, p. 313-336.

27 HR 19 januari 1991, NJ 1991, 272.

28 HR 24 april 1998, NJ 1998, 621; zie ook Y. Konijn, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: rechtsverwerking in het arbeidsrecht', Sociaal Recht 2001, p. 195-202.

29 HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708, onder 3.3.1.

30 HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, onder 3.3.

31 HR 3 september 1999, NJ 1999, 734; HR 24 september 1999, NJ 1999, 755 en HR 21 juni 2002, «JAR» 2002/167.

32 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 3 augustus 2004, «JAR» 2004/284; Hof 's-Gravenhage 22 februari 2008, «JAR» 2008/90 en Ktr. Almelo 23 juli 2010, LJN BN 2894.

33 Zie HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708.

van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>34</sup> In twee gevallen perspectiefelijk negentien en negen jaren stilzitten werd uiteindelijk geen rechtsverwerking aanvaard.<sup>35</sup> In een arrest uit 1994 kende de Hoge Raad betekenis toe aan het bestaan van een korte interne bezwaartermijn.<sup>36</sup> Een voorbeeld van de wijze waarop de Hoge Raad werd afgeweken van de aangegeven toets is te vinden in een arrest van 2 februari 1994.<sup>37</sup> Binnen de organisatie van een verpleeghuis had in 1986 een functiewaarderingsronde plaatsgevonden. Een aantal werknemers was met de uitkomst hiervan niet eens. Om deze reden wendden zij twee jaren later tot de kantonrechter. Het verpleeghuis deed een beroep op rechtsverwerking. Dit verweer werd door de kantonrechter gepasseerd, maar vond bij de rechtbank een welwillend oor. Verwerking werd cassatie ingesteld. De Hoge Raad nam bij het formuleren van zijn oordeel verschillende aspecten in acht. Allereerst wees hij er op dat de functiewaarderingsregeling een korte beroepstermijn van 30 dagen kende. Vervolgens nam de Hoge Raad in aanmerking dat binnen de gezondheidszorg een budgetteringssysteem werd gehanteerd. Dit bracht mee dat de werkgever er belang bij had dat werknemers hun bezwaren binnen een korte tijd kenbaar zouden maken, zodat de werkgever tijdig maatregelen zou kunnen treffen om de financiële gevolgen te ondervangen. Gelet op deze omstandigheden werd het hanteren van een (korte) verjarings- of vervalttermijn redelijk bevonden. De rechtbank de vordering met betrekking tot het loon over het verleden terecht afgewezen. Het budgetteringsbezwaar gold evenwel niet vanaf het moment dat de werknemers hun vordering kenbaar hadden gemaakt. Vanaf dat moment had de werkgever budgetteringsmaatregelen kunnen treffen en was het recht van de werknemers niet verwerkt.

Op het strenge criterium dat moet worden aangelegd, wordt een beroep op rechtsverwerking niet snel gehonoreerd.<sup>38</sup>

### C.1.3.2 Rechtsverwerking toegepast op problematiek van verworven rechten

Aan de voornoemde jurisprudentie toe op de problematiek van de verworven rechten, concludeert de Hoge Raad dat niet te snel mag worden aangenomen dat sprake is van een verworven recht. Het enkele tijdsverloop is op zichzelf onvoldoende om aan te nemen dat een werknemer een recht heeft verkregen. Er is dus meer nodig. De vraag is hoe men moet aantonen dat er aanvullende factoren zijn die grond geven aan de stelling dat sprake is van een verkregen recht, is een bewijskwesitie.<sup>39</sup>

Verworvenheid,  
rechtsverwerking:  
toegepast

### C.1.4 Benadering vanuit bewijsrechtelijk perspectief

De problematiek van verworven rechten is ook vanuit een bewijsrechtelijk perspectief te benaderen. Mede vanwege de afhankelijke positie van de werknemer, is het niet wenselijk om deze situatie onverkort vast te houden aan het uitgangsprincipe van artikel 150 BW.<sup>40</sup> Dit past ook binnen de formulering van dit artikel die een uitzondering mogelijk maakt. De redelijkheid en billijkheid kunnen ertoe leiden dat een andere bewijslastverdeling wordt toegepast.

Verworven recht,  
bewijsrecht

<sup>34</sup> R.o. 20 mei 2005, «JAR» 2005/155 en de conclusie van de A-G bij HR 29 september 2006, «JAR» 2006/262.

<sup>35</sup> HR 2 september 1995, NJ 1996, 702; HR 24 april 1998, NJ 1998, 621.

<sup>36</sup> R.o. 10 mei 1997, NJ 1997, 554; HR 26 september 1997, NJ 1998/20.

<sup>37</sup> R.o. 2 februari 1994, NJ 1994, 450.

<sup>38</sup> Onder meer Ktr. Amersfoort 27 augustus 2008, «JAR» 2008/280 en Ktr. Amsterdam 4 april 2008, «JAR» 2008/215.

<sup>39</sup> Rb. Zutphen 20 augustus 2008, «JAR» 2008/311, Hof Den Haag 22 februari 2008, «JIN» 2008/162 en Rb. Hartogenbosch 20 december 2011, «JAR» 2012/34.

<sup>40</sup> R.o. 4 februari 2005, «JAR» 2005/51.

<sup>41</sup> R.o. 1 juni 2005, «JAR» 2005/173.



De oplossing van het probleem kan liggen in een omkering van de bewijslast ten gunste van de werknemer, die echter niet direct, maar op termijn plaatsvindt. Het gevolg zal zijn dat een enkele gift van de werkgever niet meteen leidt tot een afdwingbaar recht van de werknemer. Na verloop van een termijn kan dit anders zijn, omdat de werkgever dan de schijn tegen zich heeft. Dit rechtvaardigt verlegging van het bewijsrisico.<sup>41</sup> Op deze wijze wordt tegemoet gekomen aan de gerechtvaardigde belangen van beide partijen. De werkgever heeft immers na het verstrijken van de termijn nog de mogelijkheid om aan te tonen dat een verworven recht niet bestaat. De wet behoeft hiertoe niet te worden gewijzigd, nu artikel 150 Rv de mogelijkheid schept om op basis van de redelijkheid en billijkheid een omkering van de bewijslast tot stand te brengen. Hierbij valt te denken aan een eenvoudige brief van de werkgever aan de werknemer dat een bono onverplicht wordt verstrekt. Van een onmogelijk bewijslastprobleem is dan geen sprake. Bovendien zijn rechtsvermoedens binnen het arbeidsrecht niet vreemd, zoals ook blijkt uit de artikelen 7:610a, 7:680a en 7:680b BW.<sup>42</sup>



## C.2 Wijziging met wederzijds goedvinden

### C.2.1 Zorgvuldige weging

Wijziging arbeidsvoorwaarden, instemming

In veel gevallen zal een werkgever die een bepaalde wijziging in de arbeidsvoorwaarden wil doorvoeren, een verzoek aan de betreffende werknemer(s) voorleggen.<sup>43</sup> Hierbij is evenwel zorgvuldigheid geboden. Instemming van de werknemer mag namelijk, gelezen op diens afhankelijke positie ten opzichte van de werkgever, niet te snel worden aangenomen, óók niet wanneer de meerderheid van de werknemers akkoord is gegaan met de door de werkgever gewenste wijziging.

In voornoemde zin oordeelde de Hoge Raad in het arrest FNV/Kuypers II – in de lijn van de rechtspraak met betrekking tot 'beëindigingsovereenkomsten'<sup>44</sup> – ten aanzien van een door de een werkgeefster gedaan voorstel tot salarisverlaging. Tijdens een personeelsvergadering had transportbedrijf Kuypers een voorstel om collectief met een salarismwijziging in te stemmen gelanceerd. Dit voorstel, dat niet van tevoren was geagendeerd, leek door de werknemers te zijn aanvaard, aangezien geen van de aanwezige werknemers tijdens de vergadering protesteerde. Achteraf werd er toch door enkele werknemers en de vakbond protest tegen de wijziging aangetekend. De vraag speelde of dit protest 'te laat' kwam. Hadden de werknemers niet eerder, namelijk tijdens de vergadering, van zich moeten laten horen? De Hoge Raad vond van niet. 'Gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, mag de werkgever slechts erop vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een voorstel tot salarisverlaging, zonder voorafgaand overleg met de werknemers gedaan op een door de werkgever met het voltallig personeel gehouden vergadering indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemer tijdens of na de vergadering ondubbelzinnig aanvaarding van het voorstel blijkt.'<sup>45</sup>

41 Zie M. Kremer, 'De tand destijds, over de invloed van tijd op het bewijs', in: I. Brands c.s., *Tijd en onzekerheid* (BW-krant jaarboek) 10, Deventer: Kluwer 2000, p. 157-171.

42 Zie S.F.H. Jellinghaus, 'Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname', Deventer: Kluwer 2003. Instemmend: A.M. Berghorst, *De Bonus*, SMA 2006, 5, p. 197-208. Anders: Hof Leeuwarden 7 december 2010, «JAR» 2011/55; «JIN» 2011/86 en 150.

43 Zie M. Holtzer en W.A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden', in: L.G. Verbarg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 175 e.v.

44 Vergelijk HR 25 maart 1994, «JAR» 1994/92 en HR 19 april 1996, «JAR» 1996/116.

45 HR 28 mei 1999, «JAR» 1999/131.

van dat de gestelde salarisafspraken tijdens een voltallige personeelsvergadering door de meerderheid was geaccepteerd en dat de betrokken werknemer niet – zoals de collega's wel deden – tijdens de vergadering of terstond na de vergadering zijn instemming gemaakt dat hij zijn instemming aan het voorstel onthield, was volgens de Hoge Raad, anders onvoldoende grond om er als werkgever op te vertrouwen dat de werknemer had ingestemd met het voorstel. Dit klemde te meer, aldus de Hoge Raad, omdat dit voorstel niet voorkwam op de agenda voor de personeelsvergadering. Men kan erom te waken geen bredere strekking aan het arrest toe te kennen dan gelet op de feiten – aantasting van de belangrijkste arbeidsvoorwaarde, de salarisafspraken – stond niet op de agenda – gerechtvaardigd is. De Hoge Raad spreekt niet af over de bewoordingen in die zin dat ten aanzien van de wijziging van elke arbeidsvoorwaarde ondubbelzinnige instemming van een werknemer is vereist. Mogelijk was de Hoge Raad minder streng geweest wanneer het om de wijziging van een andere arbeidsvoorwaarde zou zijn gegaan en de wijziging naar behoren zou zijn vastgesteld.

De 'enclastre' – en de later gewezen jurisprudentie – volgt dat het enkele feit dat een werknemer heeft 'stilgezeten' nog niet impliceert dat hij ook 'welbewust' heeft ingestemd met de wijziging.<sup>46</sup> Later wijst de Hoge Raad erop dat bij een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever duidelijkheid over de inhoud van de wijziging moet worden verstrekt. Uit de verklaringen en de gedragingen van de werknemer zal moeten worden afgeleid of hij 'welbewust' met de wijziging heeft ingestemd.<sup>47</sup>

### C.2.2 Betekent functieverlaging tevens salarisverlaging?

Wat doet een werknemer akkoord gaat met een door de werkgever gedaan voorstel om tot andere functie te vervullen en aan deze functie een lagere salarisschaal is verbonden? Kan in dat geval worden geconcludeerd dat de werknemer óók akkoord is gegaan met dit lagere salaris? Nee, aldus de Hoge Raad. Wanneer de werknemer instemt met een voorstel van de werkgever om een andere functie te vervullen, impliceert deze instemming niet dat de werkgever tevens de bij de nieuwe functie behorende, voor de werknemer nadelige, salarisschaal kan toepassen, tenzij de werkgever hiertoe op grond van de arbeidsovereenkomst bevoegd is. Door de Hoge Raad is het uitgangspunt aangenomen dat wanneer een werkgever tegen een door de werknemer ingestelde loonvoorspraak het verweer voert dat het oorspronkelijk overeengekomen loon in een later stadium met toestemming van de werknemer is verlaagd, en de werknemer die toestemming gemotiveerd betwist, de bewijslast op de werkgever rust.<sup>48</sup> Op deze regel worden echter uitzonderingen worden gemaakt. In een arrest uit 1998 heeft de Hoge Raad o.a. bepaald dat het in het licht van de omstandigheden van het geval zo aannemelijk

Arbidsvoorwaarden,  
functieverlaging, sala-  
risverlaging

<sup>46</sup> Rb. Utrecht 10 april 2010, «JAR» 2010/127 (Halliburton) met betrekking tot een door de werkgever beoogde wijziging van de eindloonregeling: 'met zijn overweging dat afwijking daarvan de "uitdrukkelijke instemming" van Van Schaik behoeft, heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat Halliburton aan het stilzitten van Van Schaik in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de betekenis mocht toekennen dat deze in 1994 had ingestemd met een voorwaardelijke indexering'; HR 9 november 2007, «JIN» 2008/64 met noot Zondag (wijziging suppletie arbeidsregeling tijdens personeelsvergadering was toegelicht was niet ondubbelzinnig aanvaard).

<sup>47</sup> Rb. Utrecht 10 april 2010, RAR 2010, 52, «JAR» 2010/71 (Van Beek/Zorgverzekeraarsgroep). Zie hierover O. van den Broek, Verslechtering van arbeidsvoorwaarden. Ondubbelzinnige verklaring vereist?, TRA 2010/5, p. 50.

<sup>48</sup> De uitpraak ligt ook in de lijn van de arresten over informatieverplichting bij overgang van onderneming: Rb. Amsterdam 10 oktober 2007, «JIN» 2008/63 m.nt. Zondag (Rabobank/Globe) en HR 26 juni 2009 «JAR» 2009/183 (Sara Leek/Rb. Arnhem 16 april 1998, «JAR» 1998/108 ten aanzien van de vraag of de toezegging van een werknemer met eindloon als grondslag onverkort diende te worden toegepast na een tussen partijen overeengekomen demotie. Nu de werknemer niet was gewezen op de gevolgen van de functiewijziging voor zijn pensioenafspraken, was de werkgever tekortgeschoten in zijn informatieplicht en mocht hij de werknemer niet aanspreken op de eindloonregeling.

Rb. Rotterdam 1 september 1994, NJ 1995, 113.

### Informatieplicht werkgever

kan zijn dat aanvaarding van een bepaalde functie door de werknemer mede aanvaarding inhoudt van een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden aan die functie, dat daarvan behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs moet worden uitgegaan.<sup>49</sup> Hiervan is bijvoorbeeld sprake als – zoals in de casus van voornoemd arrest – de werknemer in een geheel andere functie waarvan meer arbeidsplaatsen (en collega's) zijn, wordt tewerkgesteld. Dit zal, zoals A-G Spier in zijn conclusie aangeeft, anders zijn wanneer partijen het op zichzelf wel met elkaar eens zijn over het feit dat een verlaging van het salaris is afgesproken, maar tussen hen discussie bestaat over de omvang van de wijziging. Stelt bijvoorbeeld de werkgever dat een salarisverlaging van € 500 per maand is afgesproken, maar volgens de werknemer gaat het om een bedrag van € 300 per maand, dan zal de werkgever in beginsel moeten bewijzen dat de door hem gestelde afspraak juist is. Er zij op gewezen dat de problematiek van demotie en salarisverlaging in toenemende mate in cao's wordt geregeld. Als de cao hieromtrent een voorziening bevat, is doorgaans geregeld dat een werknemer gedurende een bepaalde periode niet meer dan x-aantal schalen en/of treden kan worden teruggezet.

In de lagere rechtspraak wordt soms wel een stapje verder gegaan dan in voornoemde rechtspraak van de Hoge Raad en wordt van de werkgever verlangd dat hij de werknemer inzicht geeft in de negatieve gevolgen die een gemaakte afspraak voor de arbeidsvoorwaarden voor hem kan hebben. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem ten aanzien van de vraag of de toezegging van een pensioen met eindloon als grondslag onverkort diende te worden toegepast na een tussen partijen overeengekomen demotie.<sup>50</sup> De rechtbank overwoog dat een functiewijziging die met een aanzienlijke salarisvermindering gepaard gaat 'onderlinge overeenstemming van partijen vergt, waarbij de werknemer er van moet kunnen uitgaan dat de werkgever eventuele secundaire gevolgen van de salarisvermindering signaleert en zo nodig met de werknemer naar een oplossing daarvoor zoekt'. Nu de werknemer niet was gewezen op de gevolgen van de functiewijziging voor zijn pensioenaanspraken, was de werkgever tekortgeschoten in zijn informatieplicht. Het werd daarom in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht de werknemer te houden aan de eindloonregeling. Bij wijze van compromis oordeelde de rechtbank dat de affinanciering over de jaren tot aan de functiewijziging moest worden berekend over het eerdere hogere salaris en de affinanciering over de jaren na de functiewijziging over het lagere salaris.

### Wijziging arbeidsvoorwaarden, cao

#### C.2.3 Reikwijdte van de cao

Werkgever en werknemer hebben geen onbeperkte vrijheid om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Wanneer een cao van toepassing is, dient binnen de speelruimte die deze cao biedt te worden geopereerd. Als bijvoorbeeld een cao-bepaling de hoogte van het loon, zonder mogelijkheid van afwijking ten nadele van de werknemer, regelt, zijn afspraken tussen een aan de cao gebonden werkgever en werknemer nietig (artikel 9 jo. 12 Wet CAO of artikel 3 Wet AVV).<sup>51</sup>

Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Groningen in de zaak SMEAD.<sup>52</sup> De directie van SMEAD had besloten de werkweek met vier uur te verlengen zonder de betrokken werknemers daarvoor conform de geldende cao (Grafimedia) financieel te compenseren. De maatregel zou nodig zijn om het bedrijf financieel weer 'boven Jan' te krijgen. Een overgrote meerderheid van de werknemers ging volgens het bedrijf akkoord met deze relatieve 'loonsverlaging'. De bonden, die hun twijfels hadden bij het vrijwillige karakter van de instemming met de maatregel, vochten de relatieve loonsverlaging aan bij de rechtbank Groningen. De maatregel paste niet binnen de

49 HR 4 december 1998, «JAR» 1999/31; Ktr. Enschede 5 december 1996, «JAR» 1997/18; Rb. Haarlem 9 juli, KG 1993, 403. Zie ook Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2010, LJN BO 6550.

50 Rb. Arnhem 16 april 1998, «JAR» 1998/108.

51 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 2012, «JAR» 2012/225.

52 Rb. Groningen 30 september 2004, «JIN» 2004/7 m.nt. Zondag.

van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Zoals opgemerkt in de eerste bonden hun twijfels bij de vrijwilligheid van de instemming door de werknemers. Aan dit verweer ging de president van de rechtbank voorbij, omdat hij concludeerde dat een afwijking van de cao niet mogelijk was, zelfs al zouden werknemers daarvoor hebben ingestemd. In casu was namelijk sprake van onderwerping aan de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen (ex artikel 3 Wet AVV). Vervolgens werd het antwoord worden geformuleerd op de vraag welk belang prevaleerde: het belang van SMEAD bij een loonkostenverlaging (waardoor volgens de directie werkgevoelheid bleef behouden) of het belang van de vakbonden bij handhaving van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. De president beantwoordde deze vraag in het voordeel van de bonden. Onweersproken was dat invoering van de 40-uurs werkweek een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden voor de werknemers inhoudt. Een algemeen verbindend verklaarde cao heeft het karakter van een wet en de afwijking van de cao die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, aanvaardde de president niet toegestaan. Hij redeneerde dat bescherming van werknemers en het strikt handhaven van deze regel dwingt: gelet op de ongelijke posities is op het niveau van de werknemer immers veelal niet als een serieuze onderhandelingspartner aan te merken.

Een werknemer op grond van de cao recht heeft de arbeidsvoorwaarden vrijwillig te wijzigen, geldt geen verplichting voor de werkgever om de werknemer daarvan te informeren, indien hij de werknemer eerder al de gehele cao heeft ten handte stellen. Bovendien kan sprake zijn van een standaardregeling die in de cao is opgenomen. Het kan in het geheel niet van de tekst van de cao worden afgeweken.<sup>54</sup>

#### C.2.4 Geen concurrentie t.a.v. arbeidsvoorwaarden

Naast de bescherming van werknemers, ook de ordenende werking van de algemeen verbindend verklaarde cao is bij afwijking van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling in het geding. Als werkgevers om allerlei (bedrijfs)economische redenen mogen afwijken van een algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling, is het denkbeeldig dat bedrijven elkaar gaan beconcurreren op arbeidsvoorwaarden. Een algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen beoogt dergelijke concurrentie te voorkomen. Slechts in heel bijzondere omstandigheden kan van voornoemd uitzondering worden afgeweken. Aldus besliste de Hoge Raad in het arrest Kuypers/FNV dat afwijking van een (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepaling niet door de werkgever kan worden gemaakt.<sup>55</sup> Het voorgaande is niet anders als het bedrijf er financieel slecht voor staat en de inzetbaarheid van de werknemers met de wijziging akkoord is gegaan om de werknemers uit het bedrijf te waarborgen. Afwijking van de cao is alleen mogelijk als de afwijking handhaving van de cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW). Aan deze maatstaf is niet snel voldaan.

Wijziging arbeidsvoorwaarden, concurrentie

### C.3 Het eenzijdige wijzigingsbeding

#### C.3.1 Inleiding

In arbeidscontracten een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. Met dit beding houdt de werkgever zich het recht voor eenzijdig, dus zonder instemming van de werknemer, de inhoud van de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Omdat het voor werkgevers weinig moeite zal kosten een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen en ter ondertekening aan de werknemer voor te leggen, stelt de wetgever de werkgever in staat om de werknemer aan het gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding.

Arbidsvoorwaarden, eenzijdig wijzigingsbeding

<sup>54</sup> Rb. Amsterdam 12 november 2012, «JAR» 2012/299.

<sup>55</sup> Hoge Raad 19 maart 2009, «JAR» 2009/199, met commentaar nader C. Nekeman, 'De standaard-cao als veranderingsinstrument', *ArbeidsRecht* 2012/19.

<sup>56</sup> Rb. Rotterdam 19 maart 1998, «JAR» 1998/99.

randvoorwaarden volgen uit artikel 7:613 BW. De werkgever kan zich alleen op een eenzijdig wijzigingsbeding beroepen als hij 'een zodanig zwaarwichtig belang' heeft 'dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'. De bewijslast dat sprake is van een zwaarwichtig belang dat prevaleert boven het belang van de werknemer, rust op de werkgever. In dit opzicht verschilt artikel 7:613 BW van artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>56</sup> Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat het eenzijdige wijzigingsbeding ten behoeve van de werknemer niet door de wet wordt geregeld. Hiervoor bestaan dus geen wettelijke vereisten.

### C.3.2 Het schriftelijkheidsvereiste

Wijziging arbeidsvoorwaarden, schriftelijkheidsvereiste  
Arbidsvoorwaarden, wijzigingsbeding cao

In tegenstelling tot in de ons omringende landen stelt de Nederlandse wet dat een wijzigingsbeding schriftelijk moet worden afgesproken.<sup>57</sup>

De vraag rijst of een eenzijdig wijzigingsbeding ook kan worden opgenomen in een cao. In de literatuur wordt wel verdedigd dat een eenzijdige wijzigingsbeding dat is opgenomen in een cao aan het schriftelijkheidsvereiste voldoet. De herkomst van het schriftelijkheidsvereiste voert terug op een amendement van de Kamerleden Schimmel en Middel. Relevant is in dit verband de toelichting op het amendement: 'In het wetsvoorstel wordt bepaald dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een wijzigingsbeding, indien hij bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid dient aan het beding zelf de formele eis te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen'.<sup>58</sup> Het amendement is ongewijzigd zonder slag of stoot en ongewijzigd door de regering overgenomen.

Van Slooten concludeerde in zijn dissertatie op grond van de wetsgeschiedenis dat het eenzijdig wijzigingsbeding in de *individuele* arbeidsovereenkomst zelf moet zijn vastgelegd.<sup>59</sup> Andere auteurs – die getalsmatig in de meerderheid zijn – menen dat een eenzijdig wijzigingsbeding ook rechtsgeldig in een (in een individuele arbeidsovereenkomst) geïncorporeerde cao of collectieve regeling kan worden opgenomen.<sup>60</sup> Meestal wordt als argumentatie gewezen op het feit dat een collectieve regeling, zeker als het een cao betreft, van hogere orde is dan een individuele arbeidsovereenkomst. Ook dan wordt aan de waarborgfunctie die het schriftelijkheidsvereiste vervult, voldaan. Ook wordt wel gewezen op het collectiefrechtelijke aspect ten aanzien van het eenzijdige wijzigingsbeding hetgeen opname in een collectieve regeling zou rechtvaardigen.<sup>61</sup> In de laatste druk van Arbeidsrechtelijke Themata (Bju: Den Haag 2010, p. 310 en 311) stellen Loonstra/Zondag dat voor de reikwijdte van het schriftelijkheidsvereiste ex artikel 7:613 BW dezelfde 'graad' moet gelden als ten aanzien van het boetebeding (artikel 7:650 BW), proeftijdbeding (artikel 7:652 BW) en uitzendbeding (artikel 7:691 BW). Een strenger schriftelijkheidsvereiste daarentegen geldt naar hun mening voor het concurrentiebeding (artikel 7: 653 BW), omdat hier sprake is van een inbreuk op een aan de werknemer toekomende grondrecht op vrije keuze van arbeid. Van een beperking van een grondrecht is bij de andere bedingen geen sprake, hetgeen een

56 Vgl J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. UvA), Deventer: Kluwer, 1999, p. 50.

57 Zie I.P. Asscher-Vonk, 'Bijzondere bedingen', *ArA* 2004/3.

58 Kamerstukken II 1996/1997, 24 615, nr. 15.

59 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 49. Aldus ook J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

60 Zie o.a. N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 30; Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2012, nr. 66.

61 Zie o.a. Hof Arnhem 3 maart 2009, «JIN» 2009/394 (beding in pensioenreglement is rechtsgeldig). Anders: Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, «JAR» 2009/264 en Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, «JAR» 2009/261 (beding in afvloeiingsregeling voldoet niet).

toets rechtvaardigt. Weliswaar wordt met deze visie afstand genomen van de visie van de indieners van het hierboven genoemde amendement op het ontwerp van artikel 7:613 BW, maar dat is de prijs die moet worden betaald voor gebrekking van de laatste amendementen. De indieners van de amendementen (en de welwillende wetgever die het amendement kritiekloos heeft overgenomen) hebben bepaald niet de indruk gewekt zich bewust te zijn van de complexiteit van het vraagstuk en hebben het minder oog gehad voor consistentie in de wetgeving met betrekking tot bijzondere situaties. Van een gedegen afweging tussen verschillende in de praktijk (veel) voorkomende situaties was geen sprake.<sup>62</sup> In zo'n geval moet men niet krampachtig willen vasthouden aan 'de bedoeling' van 'de wetgever'.<sup>63</sup>

De arrest uit 2011 heeft de Hoge Raad meer licht over voornoemde kwestie laten zien.<sup>64</sup> In casu ging het om de vraag of een in een collectieve regeling (winstdelingsregeling) opgenomen eenzijdige wijzigingsbeding voldeed aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:613 BW. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend: 'Het oordeel stelt voor de toepasselijkheid van artikel 7:613 op, en de gebondenheid van de werknemer aan, een wijzigingsbeding als het onderhavige eisen die geen steun vinden in het recht. Het beding heeft betrekking op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt. Aan de eisen van schriftelijkheid is dus voldaan. De tekst van artikel 7:613 stelt in een dergelijk geval dat de eis dat, wil sprake zijn van een wijzigingsbeding in de zin van die bepaling, dat de gebondenheid van de werknemer aan een zodanig beding, dit ook nog moet zijn gelegd in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer dan wel, bij gebreke daarvan, de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft. Dit is in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.5 genoemde, in de toelichting op het amendement waarbij de eis van schriftelijkheid van het beding in artikel 7:613 is opgenomen (Kamerstukken II 1996-1997, 24 615, nr. 15) voorkomende, passage dat het uitgangspunt van rechtszekerheid en kenbaarheid aan het beding zelf de formele eis is dat het worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overgenomen, dwingt niet tot de conclusie dat dit laatste volgens de wetgever eveneens moet worden gelden voor een wijzigingsbeding als het onderhavige. Met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is immers voldoende tegemoetkomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid waarop die passage doelt, aangezien de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan. Voor het onderdeel bepleit dat in een geval als het onderhavige met het oog op de bescherming van de rechten en belangen van de werknemer die door de wijziging van de arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangetast, extra waarborgen voor de toepassing van artikel 7:613 vereist zijn, kan het niet worden gevolgd, nu die bescherming voldoende is verzekerd in de maatstaf die deze bepaling geeft en bovendien hierdoor wordt geboden het ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, hetgeen overigens in overeenstemming is met artikel 27 lid 1, aanhef en onder a, Wet op de ondernemingsraden.' Zowel AG Timmerman als de Hoge Raad zijn naar onze mening dan ook terecht toegeegaan aan de werkelijke bedoeling van de wetgever. Het is wel opvallend op welke wijze zij de wetgever passereren. Zowel de AG als de Hoge Raad doen dat op dezelfde wijze. De AG wijst weliswaar op de opvatting van de indieners van het amen-

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld de 22 gevallen die de AG met elkaar vergelijkt in zijn conclusie voor HR 28 maart 2008, «JAR» 2008/413 m.nt. M.S.A. Vegter.

<sup>63</sup> Zie ook Asser/Vranken, Algemeen deel\*\* 1995, p. 92 e.v.

<sup>64</sup> HR 18 maart 2011, «JAR» 2011/108 m.nt. Zondag. Zie hierover G.W. van der Voet, Een eenzijdig wijzigingsbeding in het (niet (altijd?) individueel schriftelijk met de werknemers te zijn overeengekomen. Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Wegener, AR-updates 5 april 2011; M.D. Ruizeveld, Eenzijdig wijzigingsbeding ook rechtsgeldig in een collectieve regeling, TRA 2011/61 en L.G. Verburg, 'Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de tweede zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', AR 2012.

dement, maar beredeneert vervolgens zijn standpunt vanuit een 'wetssystematische argumentatiemethode' door de reikwijdte van het schriftelijkheidsvereiste ten aanzien van het concurrentiebeding (zware toets) te vergelijken met die van het proeftijdbeding (lichtere toets) en vervolgens voor het eenzijdige wijzigingsbeding aansluiting te zoeken bij de lichtere toets. Daarbij betreft hij ook de 'zware' materiële waarborgen die in artikel 7:613 BW tegen een te lichtvaardig gebruik van het eenzijdige wijzigingsbeding zijn opgenomen (de werkgever dient een zodanig zwaarwichtig belang te hebben dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken) alsmede het collectiefrechtelijke aspect nu het gaat om een collectieve winstdelingsregeling. Over dit laatste schrijft hij: 'Het komt mij onevenwichtig voor om de regels voor de wijziging van een dergelijke collectieve regeling in de diverse individuele arbeidsovereenkomsten te moeten opnemen. Dat kan tot allerlei complicaties leiden. Sommige werknemers aanvaarden het wijzigingsbeding wel, anderen niet'.<sup>65</sup>

Niet als de AG is de Hoge Raad van oordeel dat er een verband is tussen de waarborgen die het schriftelijkheidsvereiste beoogt te verstrekken en de materiële criteria van artikel 7:613 BW. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe 'dat ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, hetgeen overigens in overeenstemming is met artikel 27 lid 1 van de Wet op de aanhef en onder a, Wet op de ondernemingsraden'. Wat deze laatste toevoeging betreft rijst de vraag of de Hoge Raad richting heeft willen geven aan de complexe discussie over de reikwijdte van het begrip 'beloningsstelsel' in de zin van artikel 27 lid 1 onder a WOR.<sup>66</sup>

Opgemerkt moet worden dat de Hoge Raad een op de casus toegespitst oordeel geeft. De kenmerken van deze casus zijn: a) een collectieve regeling die is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst en b) deze collectieve regeling bevat een eenzijdig wijzigingsbeding zodat 'over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan' en aldus aan de door de wetgever gestelde eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid is voldaan. Als sprake is van de wijziging van niet schriftelijk vastgelegde arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld een jarenlang toegepast suppletiebeleid), zal de uitslag anders (kunnen) zijn.<sup>67</sup>

65 De Hoge Raad formuleert zijn arrest - vanuit het perspectief dat de hoogste rechter een nog tamelijk recente opvatting van de wetgever moet respecteren - politiek correct door aan te geven dat de tekst van art. 7:613 BW 'niet de eerder genoemde toelichting op het amendement niet tot de conclusie 'dwingt (...) dat dit laatste volgens de wetgever eveneens zou moeten gelden voor een wijzigingsbeding als het onderhavige'. Want, zo vervolgt de Hoge Raad, 'met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is immers voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid waarop die passage doelt, nu over de inhoud en reikwijdte van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan'. Wie de tekst van het amendement erbij neemt, kan niet anders concluderen dat de werkelijke bedoeling van de indieners van het amendement niet strookt met de interpretatie die de Hoge Raad nu aan het kenbaarheidsvereiste geeft. De indieners van het amendement stond voor ogen een individuele werknemer voor wie het wijzigingsbeding kenbaar moet zijn. (vergelijk ook de discussie met betrekking tot het kenbaarheidsvereiste ten aanzien van verborgen cameratoezicht waar het ook gaat om een individueel kenbaarheidsvereiste: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Bju 2010, p. 256-257; anders: Ktr. Zwolle 11 november 2005, «JIN» 2005/458 m.nt. Zondag). De Hoge Raad daarentegen lijkt uit te gaan van een objectief kenbaar beding. Aldus wijkt de Hoge Raad (ook af van de interpretatie die werd gegeven aan het schriftelijkheidsvereiste ten aanzien van het concurrentiebeding (HR 28 maart 2008, «JAR» 2008/113 m.nt. M.S.A. Vegter), waarbij juist uitgegaan werd van een voor de individuele werknemer kenbaar beding. Aan dit schriftelijkheidsvereiste ligt, aldus de Hoge Raad, 'de gedachte ten grondslag dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen'.

66 Zie hierover P.G. Vestering en W.A. Zondag, Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen, TAP 2009/1, p. 14-23.

67 In deze zin Hof Amsterdam 29 september 2010, «JAR» 2010/270 (ABN AMRO).

van het voorgaande vraagstuk moet worden onderscheiden de vraag of een in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao op zichzelf kan worden aangevuld met een eenzijdige wijziging in de zin van artikel 7:613 BW. De meningen hierover verschillen. Een bevestigend antwoord heeft tot gevolg dat een werknemer die heeft getrouwd met een arbeidsovereenkomst waarin wordt verwezen naar de cao 'waaraan de werkgever op het moment van contractsluiting gebonden is' en geconfronteerd wordt met een geheel nieuwe cao (bijvoorbeeld omdat de werkgever een eigen onderaannemer heeft) de wijzigingen die voortvloeien uit deze nieuwe cao kan laten afsluiten aan het criterium van artikel 7:613 BW. Naar onze mening moet – indien sprake is van een bedrijfstak-cao – onderscheid worden gemaakt tussen een eenzijdig wijzigingsbeding en een incorporatiebeding.<sup>68</sup> Een incorporatiebeding beoogt dat een bepaald criterium waarin arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen, van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Wijziging van het van toepassing verklaarde arbeidsvoorwaardenpakket kan plaats zonder dat de werkgever een bepaalde handeling verricht. Men kan dan spreken van een mandateringsbeding of een keuzebeding.<sup>69</sup>

### C.3.3 Aard van de arbeidsvoorwaarden

De tekst van artikel 7:613 BW wordt niet gedifferentieerd naar type arbeidsvoorwaarden. Dit betekent dat het wijzigingsbeding op alle onderdelen van de arbeidsovereenkomst betrekking kan hebben, waaronder de aard van de arbeid en de hoogte van het loon.<sup>70</sup> Het wordt evenwel in de literatuur gesteld dat er terughoudendheid moet worden betracht bij het wijzigingen van primaire of essentiële arbeidsvoorwaarden.<sup>71</sup>

In de literatuur wordt wel verdedigd dat artikel 7:613 BW alleen werking heeft op het wijzigen van collectieve arbeidsvoorwaarden en geen betekenis heeft bij wijzigingen van individuele arbeidsvoorwaarden.<sup>72</sup> Dit standpunt wordt gegrond op de wetsgeschiedenis. Het artikel is immers ten tijde van een wijziging van de WOR in de Nederlandse wet opgenomen. Het zou in deze opinie uit het oogpunt van werknemersbescherming niet wenselijk zijn dat een eenzijdig wijzigingsbeding anders dan collectief wordt gebruikt.

Hoge Raad lijkt dit standpunt te volgen. In het arrest *Stoof/Mammoet* overweegt de Hoge Raad immers dat artikel 7:613 BW 'veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen in plaats ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verschillende werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen'.<sup>73</sup>

Mandateringsbeding

Arbidsvoorwaarden,  
aard

Wijzigingsbeding, pri-  
maire arbeidsvoor-  
waarden  
Wijzigingsbeding, col-  
lectieve arbeidsvoor-  
waarden

<sup>68</sup> R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Belinfante (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Kluwer 2011, p. 122-123.

<sup>69</sup> Zie voor een voorbeeld Hof Leeuwarden 29 maart 2011, LJN BQ0698, «JAR» 2011/130 (beding in de cao waarbij de werkgever na verkregen instemming van de ondernemingsraad een geïndividualiseerde toeslagregeling mag wijzigen door een gemiddelde toeslag was volgens het hof geen eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW, maar een keuzebeding). Zie voor een andere 'delegatiebepaling' in de cao Ktr. Utrecht 23 juni 2011, LJN BP7701.

<sup>70</sup> Kohn, *Cumulative of exclusiviteit*, Den Haag 1999, p. 276-277; G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 1999, p. 123.

<sup>71</sup> E.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 56.

<sup>72</sup> Rb. Utrecht 1 juli 2008, «JAR» 2008/204 (Mammoet II).



Wijzigingsbeding,  
toetsing  
Wijzigingsbeding,  
zwaarwichtig belang

### C.3.4 Toetsingscriteria

Artikel 7:613 BW bevat twee toetsingscriteria. Er moet sprake zijn van een zwaarwichtig belang en de wijziging moet voldoen aan de redelijkheidstoets.

De vraag dient zich aan wanneer de werkgever 'een zodanig zwaarwichtig belang' heeft 'dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken'. Bij beoordeling van de 'zwaarwichtigheid' van het belang moet terughoudendheid in acht worden genomen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat van 'zwaarwichtige omstandigheden' wordt gesproken als sprake is van zwaarwegende bedrijfseconomische- of organisatorische omstandigheden, waaronder een noodzakelijke reorganisatie kan worden begrepen.<sup>73</sup> Ten denken valt aan de situatie waarin een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert.<sup>74</sup> Het niet kunnen wijzigen van een onkostenregeling zal dan onder omstandigheden voor de werkgever in redelijkheid niet aanvaardbaar zijn.<sup>75</sup>

De voor een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden vereiste zwaarwichtige reden moet bovendien objectief bepaalbaar zijn. Er moet zich een objectieve omstandigheid voordoen op grond waarvan van de werkgever niet in redelijkheid kan worden verlangd dat hij de op dat moment geldende arbeidsvoorwaarde(n) onverkort blijft toepassen. Dit kan het gevolg zijn van externe of interne factoren. Daarbij ligt het op de weg van de werkgever om het bestaan van de zwaarwichtige reden aan te tonen.<sup>76</sup> Het enkele feit dat een werkgever het 'te duur' vindt om nog voor een bepaalde groep een arbeidsvoorwaarde te blijven toekennen, vormt dan ook geen 'zwaarwichtig belang'. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden – na overgang van onderneming – zal niet sneller als een 'zwaarwichtig belang' worden aangemerkt.<sup>77</sup> Evenmin zijn cao-partijen bevoegd om na een overgang van onderneming eto-reden aan te wijzen op grond waarvan arbeidsvoorwaarden zouden kunnen worden aangepast. Of sprake is van een eto-reden zal beoordeeld moeten worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.<sup>78</sup> Naast de objectieve toets voor de zwaarwichtige reden geldt het criterium van de redelijkheid en billijkheid. Bij het beoordelen van de redelijkheid en billijkheid moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden, zoals het bestaan van een overgangsregeling, de verhouding tussen het belang van de werkgever en het belang van de werknemer, de rol van eventueel gegeven garanties of gedane toezeggingen, etc.<sup>80</sup> Zie voor bespreking hiervan, ook met het oog op goed werknemer- en werkgeverschap uit artikel 7:611 BW, paragraaf C.4.

In de literatuur wordt ook wel het standpunt ingenomen dat artikel 7:613 BW een 'gewone' redelijkheidstoets bevat. Deze opvatting wordt gebaseerd op de letterlijke tekst van artikel 7:613 BW en op het feit dat de wetsgeschiedenis niet eenduidig is, nu de wetgever de termen 'onaanvaardbaar' en 'redelijk' afwisselend heeft gebruikt.<sup>81</sup>

Wijzigingsbeding,  
redelijkheid, onaan-  
vaardbaarheid

73 Kamerstukken II 1995-1996, 24615, nr. 3, p. 24.

74 Kamerstukken II 1995-1996, 24615, p. 22, nr. 3 MVT.

75 Kamerstukken II 1995-1996, 24615, nr. 3, p. 22-24.

76 Ktr. Maastricht 28 maart 2012, «JAR» 2012/120.

77 Hof Amsterdam 18 oktober 2011, «JAR» 2011/29 en Hof Amsterdam 2 april 2013, «JAR» 2013/137 (beiden t.a.v. leaseregeling).

78 Zie Ktr. Heereveen 13 februari 2013, «JAR» 2013/112 (wijziging pensioenregeling); Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, «JAR» 2012/158; Hof Amsterdam 15 april 2004, «JAR» 2013/112 en Ktr. Arnhem 25 november 2009, IJN BK5474. Anders: Hof Amsterdam 27 maart 2012, «JAR» 2012/126 en Kantonrechter Amsterdam 26 april 2011, «JAR» 2011/116.

79 Ktr. Amsterdam 8 mei 2012, «JAR» 2012/158.

80 J.J.M. de Laat, 'De ondernemingsraad: handenbinder van de individuele werknemer?', Sociaal Recht 1991, p. 319.

81 Zie J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst, Kluwer 2008.

## C.3.5 Betekenis houding van de OR/vakbond/personeel

toetsing van zwaarwichtige redenen en redelijkheid kan de mening van ondernemingsraad, vakbond of personeelsvertegenwoordiging van betekenis zijn.<sup>82</sup> Deze visie overeen met hetgeen de wetgever bij de parlementaire behandeling van artikel 613 BW naar voren bracht.<sup>83</sup> Het betreft een belangrijk aspect binnen het geheel. De houding van het beoogde tweede lid heeft deze opvatting niet veranderd.<sup>84</sup> Van belang is voorts dat de COR zich duidelijk uitlaat waarom instelling wel of niet wordt voorgedragen.<sup>85</sup> Ook kan het relevant zijn dat de ondernemingsraad zijn achterban consulteren aanzien van het betreffende onderwerp.<sup>86</sup>

Arbeidsvoorwaarden,  
OR, vakbond

## C.3.5.1 Het verdwenen 'tweede lid'

Wettelijk was in het ontwerp van artikel 7:613 een tweede lid opgenomen met als inhoud dat de aanwezigheid van een zwaarwichtige reden werd aangenomen wanneer in stemming met de ondernemingsraad was bereikt: de werkgever zou een zwaarwichtig belang hebben als de betrokken wijziging in de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel een andere regeling die is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.<sup>87</sup> Het tweede lid zou de werkgever zou het, gelet op voornoemd lid, van 'evident belang' worden om in overeenstemming met de medezeggenschap te bereiken.<sup>88</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp werd de aan de ondernemingsraad toegekende rol uit het wetsvoorstel weer verwijderd. Deze eliminatie vond plaats onder druk van vakorganisaties, die gedurende de parlementaire behandeling met betrekking tot deze kwestie hebben gelobbyd.<sup>89</sup> Als gevolg hiervan is het tweede artikellid ingetrokken.<sup>90</sup> Niettemin was het niet de bedoeling de bestaande situatie te veranderen.<sup>91</sup> In de Kamerstukken wordt gesteld dat bij de afweging van de zwaarwichtigheid van het werkgeversbelang overeenstemming met de ondernemingsraad over de wijziging van de arbeidsvoorwaardenregeling die de werkgever nastreeft wel degelijk een rol speelt. Het is aan de werkgever om aan te tonen dat er sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang dat het belang van de werknemer daarvoor naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Wijzigingsbeding, parlementaire overwegingen

## C.3.5.2 Betekenis van standpunt vakbond/OR

De beoordeling van de redelijkheid van een wijziging zal ook zonder het 'verwijzen lid' van artikel 7:613 BW belangrijke betekenis kunnen worden toegekend aan het standpunt dat de wijziging wordt gesteund door de ondernemingsraad en/of een vakbond. Het erkennen van (grote) betekenis aan het oordeel van de vakbond en/of ondernemingsraad vloeit niet alleen voort uit de wetsgeschiedenis, maar stemt ook overeen met de nog steeds geldende – jurisprudentie van de Hoge Raad. In de AKZO- en IBM-

Houding vakbond/OR

<sup>82</sup> H. Koning, 'De CAO, de ongebonden werknemer en het wijzigingsbeding', SMA 1998, p. 472 e.v.; M.M.

<sup>83</sup> Bijz. in toelichting op artikel 7:613 BW, Arbeidsovereenkomst (losbl.); Ktr. Utrecht 25 juni 1997, «JAR» 1997/23.

<sup>84</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, p. 22, nr. 3 MVT en nr. 28, p. 34.

<sup>85</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, nr. 81a, p. 9, MVA.

<sup>86</sup> In dit kader Hof Amsterdam 18 oktober 2011, JAR 2011/291.

<sup>87</sup> Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 12 maart 2007, «JAR» 2007/108 en ktr. Maastricht 28 maart 2012, «AR» 2012/120.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, nr. 1 en nr. 2, p. 8.

<sup>89</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, nr. 3, p. 22 MVT.

<sup>90</sup> H. Van der Heijden, 'WOR 1998', SMA 1998, p. 211; R. Hansma, 'Met artikel 7:613 BW op weg naar volwaardige arbeidsverhoudingen', Sociaal Recht 1998, p. 373.

<sup>91</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, nr. 28, p. 34.

<sup>92</sup> Kamerstukken II 1995-1996, 24.615, nr. 81a, p. 9 MVA.

**Zwaarwegend  
gezichtspunt**

beschikkingen overwoog de Hoge Raad<sup>92</sup> 'dat een beroep van individuele medewerkers op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt. Daarbij geldt – aldus de Hoge Raad – dat aan een (in een cao neergelegde) afspraak met de vakbond meer waarde zal worden toegekend dan aan een overeenkomst met de ondernemingsraad, omdat aan een afspraak met de vakbond grotere maatschappelijke betekenis toekomt dan aan een afspraak met de ondernemingsraad (vanwege het feit dat een vakbond zich doorgaans onafhankelijker kan opstellen dan een 'doorsnee' ondernemingsraad').

Met het voorgaande is niet gezegd dat de instemming van de ondernemingsraad met een wijziging de werknemers altijd bindt, maar het vormt wel een zeer zwaarwegend gezichtspunt bij de beoordeling van de redelijkheid van de wijziging dat als zodanig ook door de rechter in zijn afweging moet worden betrokken.<sup>93</sup> Ook de Hoge Raad kent in het hierboven besproken Wegenerarrest – voor wat betreft de reikwijdte van het schriftelijkheidsvereiste – betekenis toe aan de instemming van de ondernemingsraad met de betrokken wijziging van de arbeidsvoorwaarden.<sup>94</sup>

Onvoldoende gemotiveerd zijn naar onze mening uitspraken waarin de instemming van de ondernemingsraad slechts bij de 'relevante feiten' wordt genoemd, maar niet in de overweging terugkeert dan wel op een wijze als 'de verleende instemming door de ondernemingsraad doet aan het voorgaande niet af'.<sup>95</sup>

Een dergelijke motivering miskent de zwaarte van het gezichtspunt dat op collectief niveau de wijziging als redelijk is beoordeeld. In het omgekeerde geval, het niet verleend zijn van instemming door de ondernemingsraad (of vakvereniging), is sprake van een contra-indicatie dat de doorgevoerde of door te voeren wijziging redelijk is. Het oordeel van de ondernemingsraad of de vakbond zal niet in elke zaak even zwaar behoeven te wegen. Ten aanzien van de rol van de ondernemingsraad zal het proces van instemmingverlening van betekenis moeten zijn. Het maakt nogal verschil of een ondernemingsraad 'klakkeloos' instemt met een wijziging of dat sprake is van een langdurig overleg, waarbij de ondernemingsraad verschillende malen de wijziging met de bestuurder heeft besproken, de hulp van een onafhankelijke deskundige heeft ingeroepen, bij de instemming ook rekening heeft gehouden met alle relevante voor-

92 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335.

93 Op juiste wijze is dit gedaan in: Hof Arnhem 3 maart 2009, «JIN» 2009/394 m.nt. Zondag; Ktr. Rotterdam 20 mei 2010, «JAR» 2010/136; Ktr. Rotterdam 13 november 2009, «JAR» 2009/294 (niet vragen van instemming is belangrijk gezichtspunt); Ktr. Amersfoort 1 juni 2005, «JAR» 2005/158 (instemming van de ondernemingsraad is relevant gezichtspunt bij beoordeling ex artikel 6:248 lid 2 BW); Ktr. Utrecht 20 april 2000, «JAR» 2000/130 (niet verleend zijn van instemming is een indicatie door de onredelijkheid van de wijziging); Ktr. Nijmegen 30 juni 2006, «JAR» 2006/181 (instemming door belangrijke meerderheid personeel rechtvaardigde wijziging pensioenregeling).

94 HR 18 maart 2011, «JAR» 2011/108 m.nt. Zondag. Het gaat dan om de volgende overweging: 'Voor zover het onderdeel bepleit dat in een geval als het onderhavige met het oog op de bescherming van de rechten en belangen van de werknemer die door de wijziging zouden kunnen worden aangetast, extra waarborgen voor de toepassing van art. 7:613 vereist zijn, kan het niet worden gevolgd, nu die bescherming voldoende is verdisconteerd in de maatstaf die deze bepaling geeft en bovendien hierdoor wordt geboden dat ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, hetgeen overigens in overeenstemming is met art. 27 lid 1, aanhef en onder a, Wet op de ondernemingsraden.'

95 Zoals Hof Den Haag 31 maart 2006, «JAR» 2006/136 ('verlaging van de beloning van de werknemer in de vorm van een halvering van een toeslag en het verhogen van het aantal arbeidsuren kunnen dan ook niet eenvoudigweg worden geregeld door middel van roosterwijzigingen, ook al bestaat hiervoor instemming van de bonden en de OR'); Hof Arnhem 1 november 2005, «JAR» 2005/284 ('De omstandigheid dat 3 van de 4 vakverenigingen en de COR hebben ingestemd met de door Campina voorgestelde wijziging brengt naar het oordeel van het hof ook niet mee dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat de toeslag- en garantieregeling ook na 1 januari 2001 moeten worden toegepast).

van de wijziging en een goede communicatie richting de 'achterban' heeft gevonden. Ook de instemming van een niet-representatieve vakvereniging zal minder zwaar hoeven te wegen dan de instemming van een representatieve vakvereniging. In dit verband kan een parallel worden getrokken met de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de betekenis van een met representatieve vakverenigingen overeengekomen sociaal plan, hetgeen volgens de Hoge Raad een 'aanwijzing' vormt tot de conclusie dat sprake is van een toereikende financiële voorziening in de zin van artikel 7:681 BW.

**C.4 Redelijkheid en billijkheid, goed werkgever- en werknemerschap**  
 De arbeidsovereenkomst kan ook worden gewijzigd op grond van de redelijkheid en billijkheid. Deze norm is voor het arbeidsrecht afzonderlijk opgenomen in artikel 7:611 BW en is vastgelegd dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen (zie thema Goed werkgeverschap en goed werknemerschap). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat met artikel 7:611 BW in principe de redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven.<sup>96</sup> De wetgever heeft een bijzondere bepaling voor het arbeidsrecht wenselijk, omdat zo beter kon worden aangesloten bij de eigen aard en terminologie van het arbeidsrecht en het eerder genoemde leven voor partijen bij de arbeidsovereenkomst.<sup>97</sup> Uiteindelijk gaat het dus om dezelfde norm als die van artikel 6:248 BW. De Hoge Raad heeft in het arrest Parallel aan J.M. inzake 'gelijk loon voor gelijke arbeid' bevestigd dat artikel 7:611 BW de redelijkheid waarin de 'algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in artikelen 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vindt.' Goed werkgeverschap of de redelijkheid en billijkheid kan niet met zich brengen dat de werkgever in strijd wordt de arbeidsvoorwaarden in strijd met een formele wet (verder) te wijzigd. De weigering van een werknemer niet mee te werken aan een door de werkgever voorgestelde wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan namelijk in strijd zijn met hetgeen van een goed werknemer' mag worden verwacht.

Wijziging, werkgeverschap en werknemerschap

#### C.4.1 Van der Lely/Taxi Hofman

In het 'aankondigingsarrest' in dit verband is het arrest Van der Lely/Taxi Hofman.<sup>98</sup> In casu was een werknemer, Van der Lely, tewerkgesteld als administratief medewerker omdat hij geschikt was om zijn werk als taxichauffeur te verrichten. Toen hij werd ontslagen werd verklaard voor het werk van taxichauffeur, had de werkgever erop aangedrongen dat Van der Lely zijn oorspronkelijke functie weer zou uitoefenen. Hij beriep zich op veranderende omstandigheden. De plaats van Van der Lely was namelijk bezet door de dochter van de werkgever. Voor Van der Lely was het aanbod weer als taxichauffeur te gaan werken om psychische redenen onaanvaardbaar. Hij wilde uitsluitend de overeengekomen functie als administratief medewerker/centralist uitoefenen. Het aanbod was, vanwege het bijzondere geval, van oordeel Van der Lely het aanbod van de werkgever redelijkerwijs niet kon weigeren. Tegen dit oordeel werd in cassatie aangevoerd dat deze opvatting erop neer zou komen dat een werkgever onder omstandigheden gerechtigd zou zijn eenzijdig de overeengekomen werkzaamheden aan te passen en dat de werknemer, op straffe van verlies van zijn aanspraak op loon, gehouden is daaraan mee te werken. De Hoge Raad wees erop dat uit artikel 7:611 BW voortvloeit dat een werkgever en een werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed

Wijziging omstandigheden, redelijkheid

<sup>96</sup> 1988 april 1994, «JAR» 1994/94 (AGFA).

<sup>97</sup> Calliessa van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht, Deventer: Kluwer, 1999, p. 13-17; W.L. Snijders, 'De invloed van boek 6 BW op het arbeidsrecht', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), Goed werkgeverschap en werknemer, Deventer: Kluwer, 2001, p. 6-7; J.M. van Slooten, Arbeid en loon, Deventer: Kluwer, 1999, p. 59.

<sup>98</sup> 160 eeuwarden 18 december 2012, «JAR» 2013/53 (inzake seniorenregeling die in strijd is met de WGBL).

<sup>99</sup> 1988 juni 1998, «JAR» 1998/199.

werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Voor de werknemer brengt dit mee dat 'hij op redelijke voorstellen van de werkgever, in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dat hij dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen'. Hier wordt een dubbele toetsing van de redelijkheid toegepast: er moet een redelijk voorstel zijn, hetgeen lijkt te impliceren dat partijen met elkaar in overleg moeten treden, dat redelijkerwijs niet door de werknemer kan worden afgewezen.

Het zogenoemde Taxi Hofman-criterium wordt inmiddels ruimhartig toegepast in de lagere rechtspraak. In vonnissen/beschikkingen wordt ten aanzien van een door de werkgever voorgestelde wijziging van de arbeidsovereenkomst conform de formule van het arrest Van der Lely/Taxi Hofman nagegaan of dit een redelijk voorstel is dat redelijkerwijs door de werknemer dient te worden aanvaard. Niet alleen functiewijzigingen worden aan de hand van dit criterium beoordeeld,<sup>100</sup> maar ook andersoortige wijzigingen zoals overplaatsing,<sup>101</sup> andere arbeidstijden<sup>102</sup> of roosters<sup>103</sup>, een nieuwe rayonindeling<sup>104</sup> en beloningskwesties.<sup>105</sup>

#### C.4.2 Midnet Taxi

Wijziging, herhaling  
Taxi Hofman

In het Midnet Taxi-arrest, gewezen in een 681-procedure wordt een jaar later de formulering van het arrest Van der Lely/Taxi Hofman herhaald.<sup>106</sup> De Hoge Raad overwoog de enkele omstandigheid dat een werknemer een hem aangeboden andere functie afwijst, er niet aan in de weg hoeft te staan dat een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Dit gegeven neemt echter niet weg dat werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever en goed werknemer te gedragen. Dat brengt voor de werknemer met zich mee, dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Niet valt in te zien, aldus de Hoge Raad, daarbij expliciet verwijzend naar het arrest Van der Lely/Taxi Hofman, waarom de rechter ook bij de beantwoording van de vraag of een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, genoemde verplichting niet in zijn beoordeling zou dienen te betrekken. Saillant detail in de Midnet-Taxi-kwestie was dat de aanvaarding van de andere functie voor de werknemer tot gevolg zou hebben dat hij in salariering terug zou gaan.

#### C.4.3 Stoof/Mammoet

In het arrest Stoof/Mammoet heeft de Hoge Raad een nadere toelichting gegeven op de wijze waarop het Taxi-Hofman-criterium moet worden toegepast.<sup>107</sup> De Hoge Raad overwoog als volgt:

<sup>100</sup> Ktr. Zaandam 7 juli 2000, «JAR» 2000/174.

<sup>101</sup> Ktr. Alkmaar 13 juli 2000, «JAR» 2000/195; Ktr. Rotterdam 23 juni 1999, «JAR» 1999/141.

<sup>102</sup> Ktr. Zutphen 22 december 1998, «JAR» 1999/88; Ktr. 's-Hertogenbosch 28 februari 2000, «JAR» 2000/71.

<sup>103</sup> Ktr. Almelo 2 december 2011, «JAR» 2012/20 en Ktr. Amsterdam 3 oktober 2000, «JAR» 2000/242.

<sup>104</sup> Ktr. Amsterdam 3 oktober 2000, «JAR» 2000/242.

<sup>105</sup> Ktr. Zutphen 9 november 1999, «JAR» 2000/24.

<sup>106</sup> HR 28 april 2000, «JAR» 2000/120; HR 14 november 2003, «JAR» 2003/296, NJ 2004, 138 m.nt.; G.J.J. Heerma van Voss; W.L. Roozendaal, 'Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht', *ArA* 2004/2.

<sup>107</sup> HR 11 juli 2008, «JAR» 2008/20.

Wanneer grond in afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1998 aanvaarde, aan artikel 7:611 ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsovereenkomst als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaantvaardbaar is. Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Het beantwoorden van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft gevonden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de aan hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

3.13 Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan sprake is, bepaalt artikel 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling veelmeer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval de bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.

3.14 Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever van belang zijnde verplichtingen van de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval van gewijzigde omstandigheden op het werk wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven."

J.J. Hoogen  
het arbeid

Met het arrest Stoof/Mammoet is de arbeidsrechtpraktijk een stap dichterbij gekomen bij de ontknoping van het wijzigingsraadsel. Wel laat het arrest nog veel vragen onbeantwoord, zodat in de literatuur weer naar hartenlust kan worden gediscussieerd over de vraag wat nu het precieze bereik van het Taxi-Hofman-criterium is.<sup>108</sup> In dat verband rijst de vraag wat de meerwaarde van het arrest nu is ten opzichte van oudere rechtspraak over dit thema. Naar onze mening is deze meerwaarde in de eerste plaats gelegen in het feit dat de Hoge Raad meer licht laat schijnen op de verhouding tussen het criterium van het arrest Van der Lely/Taxi Hofman ('Taxi Hofman-criterium') en de norm van artikel 6:248 lid 2 BW.

In de literatuur<sup>109</sup> en in de rechtspraak<sup>110</sup> is wel verdedigd dat de dubbele redelijkheidstoets van het Taxi Hofman-arrest zou samenvallen met de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 lid 2 BW. Logischer wijze zou deze conclusie volgen uit de redenering dat a) de norm van artikel 7:611 BW gelijk is aan die van artikel 6:248 BW en b) dat voor toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid langs de band van artikel 7:611 BW dezelfde terughoudendheid moet worden inachtgenomen als bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW<sup>111</sup> en c) dat een 'Taxi Hofman-casus' moet worden gekwalificeerd als de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Over de juist van deze laatste premisse bestond wel verschil van mening, met name over de vraag of nu sprake was van de beperkende werking van de redelijkheid<sup>112</sup> of van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>113</sup>

De Hoge Raad wil het Taxi Hofman-criterium niet in het vakje 'beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid' plaatsen. Of de Hoge Raad van oordeel is dat het Taxi Hofman-criterium evenmin in het vakje van de aanvullende werking van de redelijkheid moet worden geplaatst, is niet duidelijk. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in het arrest Stoof/Mammoet de handen niet wil branden aan het maken van een heldere scheidslijn tussen de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In elk geval is de aard van de toetsing (de mate van in acht te nemen terughoudendheid) bij toepassing van het Taxi Hofman-criterium niet per definitie gelijk aan de strenge onaanvaardbaarheidstoets. Beltzer<sup>114</sup> geeft aan dat de Taxi Hofman-toets wel van kleur kan verschieten en onder omstandigheden wel een grotere terughoudendheid (samenvallend met de onaanvaardbaarheidstoets) in acht moet worden genomen. Hoewel deze benadering onze sympathie heeft (omdat op deze wijze kan worden toegewerkt naar één redelijkheidstoets die soms lichter en soms zwaarder uitpakt), twijfelen wij of de Hoge Raad deze zienswijze deelt. Wij hebben de indruk dat de Hoge Raad het Taxi Hofman-criterium heeft willen loskoppelen van het onaanvaardbaarheidscriterium in die zin dat het Taxi Hofman-criterium een 'eigen' redelijkheidstoets voor de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer vormt voor zover sprake is van een voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden in verband met 'gewijzigde omstandigheden op het werk' (dat mogelijk vooral betrekking heeft op de inhoud en wijze waarop de werkzaamheden worden verricht en niet zozeer op

108 Zie onder andere F.B.J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden', TRA 2008/1, p. 12-15; R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', TAP 2009/1, p. 5; Reacties van J. Heinsius, J.J.M. de Laat, F. Pennings, C.J. Loonstra en W.A. Zondag met naschrift R.M. Beltzer, TAP 2009/4, p. 142-148. Zie voorts D.J.B. de Wölff, 'Demotie of depreciatie van oudere werknemers', TRA 2013/5, nr. 44.

109 Zie o.a. W.A. Zondag, 'Wegen en wikkelen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', ArA 2004, 3.

110 Zie de overwegingen van het Hof in HR 15 februari 2008, «JIN» 2008/215 m.nt. Zondag.

111 Vgl. HR 30 januari 2004, «JAR» 2004/68.

112 Zie bijvoorbeeld J.M. Van Slooten, 'Arbeid en loon', Kluwer 1999; beperkende werking en daarna aanvullende werking.

113 J.M. de Laat, 'Goed werknemerschap en revolutie', ArA 2003, 1, p. 86-87.

114 R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', TAP 2008/1, p. 5.

van collectieve arbeidsvoorwaarden). In die optiek kan het uiteraard wel zijn dat een typisch Taxi Hofman-geval óók de zwaardere onaanvaardbaarheidsbeding zou kunnen doorstaan. In dat geval zou de werkgever het Taxi Hofman-criterium niet nodig hebben gehad om de wijziging te realiseren. Artikel 6:248 lid 2 BW lijkt in de ogen van de Hoge Raad met name betekenis te behouden in een situatie die niet voldoet aan het Taxi Hofman-criterium en een beroep kan worden gedaan op een eenzijdige wijzigingsbeding. Wat het betreft, zal het overigens geen verschil uitmaken of er nu sprake is van toepassing van het Taxi Hofman-criterium dat de kleur krijgt van artikel 6:248 lid 2 BW of dat sprake is van rechtstreekse toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.

Stoof/Mammoet leert ons in de tweede plaats dat het Taxi Hofman-criterium niet alleen wordt ingekleurd door het goed werknemerschap, maar ook door het goed werkgeverschap. Het 'voorstel' dat de werkgever doet, moet voldoen aan de voortvloeiende uit het goed werkgeverschap.<sup>115</sup> De Hoge Raad noemt in dat verband (eindelijk) een aantal relevante gezichtspunten, waaronder de aard van de omstandigheden (bijvoorbeeld harmonisatie na fusie versus bedrijfseconomische moeilijkheden), de aard en de ingrijpendheid van het voorstel (bijvoorbeeld wel of geen salarisvermindering, wel of geen afbouwregeling), de belangen van de werkgever en de onderneming en de positie van de werknemer en diens belang bij de instandhouding van de arbeidsvoorwaarden. Weliswaar wijst de Hoge Raad niet expliciet op de voor de werknemer bestaande verplichting om óók aan de instandhouding te gaan zitten, maar dit volgt wel uit het feit dat worden gesproken over 'aanvaarding' en 'aanvaarding'. De Hoge Raad maakt niet duidelijk in hoeverre na de toetsing van de redelijkheid van het voorstel in de tweede toetsing (of de werknemer het voorstel had moeten aanvaarden) nog andere gezichtspunten kunnen worden genoemd die niet in de eerste toetsing zijn meegenomen. Met andere woorden: wat speelt de tweede toetsing nog op ten opzichte van de eerste toetsing? Zelf menen wij aan de tweede toetsing met name persoonlijke, nog niet bij de werkgever bekende, omstandigheden moeten worden betrokken. Men denke aan het geval dat de werkgever zichzelf een redelijk voorstel heeft geformuleerd, maar niet op de hoogte was van bepaalde omstandigheden in de privésfeer waardoor aanvaarding van het redelijke voorstel (op dit moment) niet van de werknemer kan worden gevergd.<sup>116</sup>

Men ziet nog een derde meerwaarde in het arrest, te weten de verhouding tussen het Taxi Hofman-criterium en de reikwijdte van artikel 7:613 BW. De Hoge Raad zou volgens Beltzer aldus 'een belangrijk discussiepunt in de literatuur hebben opgelost'. Volgens ons heeft de Hoge Raad helemaal niets 'opgelost' met de cryptische overweging van artikel 7:613 BW 'veleer' ziet op een wijziging van arbeidsvoorwaarden in een collectieve context, namelijk ten aanzien van verscheidene werknemers. Het is volstrekt onduidelijk wat de Hoge Raad hiermee op het oog heeft. Beltzer meent dat de verwijzing naar de conclusie van de A-G erop lijkt te wijzen dat artikel 7:613 BW louter ziet op individuele wijzigingen. Als de Hoge Raad dat zou hebben beoogd, was het woord 'veleer' wel weggelaten. In plaats van een discussiepunt op te lossen, heeft de Hoge Raad er weer een gecreëerd. Zonder te willen speculeren, menen wij dat de Hoge Raad met deze overweging niet heeft willen beslissen dat een eenzijdige wijzigingsbeding alleen voor wijzigingen met een collectief karakter kan worden ingeroepen. Het ligt meer voor de hand dat een wijziging met een individueel karakter (dat overigens wel voor meerdere werknemers tegelijk aan de orde kan zijn) 'vanwege omstandigheden' 'beter' kunnen worden beoordeeld langs de band van het goed werkgevers-

<sup>115</sup> Het 'voorstel' was gedaan in Ktr. Eindhoven 20 december 2012, *JAR* 2013/44.  
<sup>116</sup> In dit verband Hof Amsterdam 19 juni 2008, RAR 2008, 160 (overplaatsing was redelijk nu werknemer zijn behoeven niet gemotiveerd bekend had gemaakt).



schap en het goed werknemerschap. Hier is immers maatwerk geboden. Dit maatwerk komt tot stand in een overlegssfeer tussen werkgever en individuele werknemer. Het inroepen van een eenzijdig wijzigingsbeding behoeft (in beginsel) niet in deze overlegssfeer plaats te vinden. De werkgever die langs deze weg een arbeidsvoorwaardenregeling wil wijzigen, kan een beroep doen op het eenzijdige wijzigingsbeding. Of hij dit terecht doet, is in beginsel niet afhankelijk van het gevoerd hebben van overleg met de individuele werknemer, maar hangt af van de uitkomst van een belangenafweging. Meerdere gezichtspunten – zoals de instemming van een OR of (representatieve) vakbond, het bestaan van een breed draagvlak onder het personeel voor de wijziging (een groot deel heeft ingestemd), het bestaan van een afbouwregeling – kunnen van invloed zijn op het resultaat van deze belangenafweging. Wel is denkbaar dat de werkgever als goed werkgever met de werknemer overleg voert als het beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding voor (een) bepaalde werknemer(s) onevenredig uitpakt.

De Hoge Raad geeft wel een belangrijk verschil aan tussen de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding en de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op het Taxi Hofman-criterium. Alleen in het eerste geval kan de werkgever eenzijdig tot wijziging overgaan. In het andere geval zullen partijen (nog steeds) tot overeenstemming moeten komen. De Hoge Raad geeft niet aan wat de rechtsgevolgen zijn als partijen niet tot overeenstemming komen. Naar onze mening zal de werkgever dan rechtspostionele maatregelen – ontslag (Midnet Tax, Stoof/Mammoet, stopzetting van de loondoorbetaling (Van der Lely/Taxi Hofman) – kunnen treffen. De facto wordt zo hetzelfde resultaat bereikt als met het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarden.

#### C.4.4 Goed werknemerschap, redelijke wijzigingsvoorstellen

Wijziging, goed werknemerschap

Bij de beantwoording van de vraag wanneer een werknemer op grond van het goed werknemerschap zal moeten ingaan op een redelijk voorstel van de werkgever kan – naast de door de Hoge Raad in het arrest Stoof/Mammoet II genoemde omstandigheden die onder meer bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een redelijk voorstel – een aantal gezichtspunten worden onderscheiden.<sup>117</sup> Deze gezichtspunten spelen ook een rol bij de beantwoording van de vraag of een wijziging, met een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding, op grond van artikel 7:613 BW redelijk is.

##### C.4.4.1 Redelijkheid van het formele aspect van het aanbod

Wijzigingsvoorstel, formeel

Bij beoordeling van het formele aspect van het aanbod van de werkgever is van belang dat tussen werknemer en werkgever vooraf een goede en open communicatie omtrent de beoogde wijzigingen plaatsvindt. Daarbij moet de werkgever zo volledig mogelijke informatie aan de werknemer verstrekken.<sup>118</sup> Deze verplichting geldt ook voor de werknemer jegens de werkgever.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Zie voor een fraaie toepassing Hof Den Haag 30 juni 2009, RAR 2010, 27 (overplaatsing van medewerker Sdu i.v.m. affectieve relatie was op grond van de Stoof/Mammoet-criteria een redelijk voorstel dat door de werknemer had moeten worden aanvaard).

<sup>118</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 27 februari 1992, KG 1992, 106; Ktr. Harderwijk 6 mei 1992, «JAR» 1993/159; HR 3 maart 1995, «JAR» 1995; Pres. Rb. Arnhem 6 december 1996, «JAR» 1997/79; Rb. Arnhem 16 april 1998, «JAR» 1998/108; Rb. Utrecht 17 november 1999, «JAR» 2000/39; Ktr. Rotterdam 21 mei 2002, «JAR» 2002/144; Ktr. Amsterdam, 18 september 2002, «JAR» 2002/233; Ktr. Rotterdam 7 november 2003, Prg. 2004, 6158.

<sup>119</sup> Ktr. Hilversum 16 oktober 2002, «JAR» 2002/282; Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001, Prg. 2001, 5784; Ktr. Den Haag 1 mei 2003, Prg. 2003/6047.

De werkgever moet zijn werknemers gelijk behandelen, voorzover zij objectief als gelijk kunnen worden gezien. De werkgever zal moeten acht slaan op 'het algemeen recht' beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze worden beloofd, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke toelating toelaat' bij haar beoordeling in aanmerking had genomen.<sup>120</sup> Sinds het arrest van de Hoge Raad hierover wees wordt in toenemende mate een beroep gedaan op het algemeen recht beginsel.<sup>121</sup> Volgens de Hoge Raad moet daaraan zwaar gewicht worden toegekend, maar ook andere factoren moeten bij het vraagstuk van 'gelijk loon voor gelijke arbeid' buiten de wettelijke gronden worden betrokken.<sup>122</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad dat het belang van nakoming van afspraken door de werkgever zwaarder weegt dan het streven naar gelijke beloning. Een algemeen recht van werknemers op gelijke beloning staat op gespannen voet op het beginsel van contractsvrijheid.<sup>123</sup> De werkgever zal voorts zijn reden c.q. belang om de beoogde wijziging in te voeren redelijk moeten motiveren en aantonen.<sup>124</sup>

De beoordeling van het materiële aspect van het aanbod van de werkgever is ook de aanleiding tot een zwaarwegendheid van de aangevoerde reden van belang. Is de reden gelegen in bedrijfseconomische noodzaak, bijvoorbeeld omdat er in de kosten moet worden bespaard om niet in de rode cijfers te komen, dan weegt deze oorzaak in de regel zwaarder dan bijvoorbeeld de wens om te bezuinigen op arbeidsvoorwaarden om de werkdruk op een hoger peil te laten uitkomen.<sup>125</sup> Ook een 'gedwongen' wijziging omdat een arbeidsvoorwaarde in strijd is met de wet, zal gewicht in de schaal krijgen.<sup>126</sup> Dat is ook het geval wanneer de werkgever de functie van de werknemer wenst te wijzigen door hem in een lagere functie terug te plaatsen na het mislukken van een verbeterproces wegens onderpresteren.<sup>127</sup> Vermeldenswaardig is dat zelfs een negatieve kwaliteiten van een medewerker een zwaarwegend belang tot het wijzigen van een functie kunnen opleveren.<sup>128</sup>

De werkgever moet ook de inhoud van het voorstel redelijk zijn.<sup>129</sup>

Wijzigingsvoorstel,  
materiële

[2001] 3 april 1994, «JAR» 1994/94.

[2001] B. de Wolff, 'Gelijk loon voor gelijke arbeid: de toepassing van een beginsel in de rechtspraak', Sociaal Recht 2003/4, p. 105-110; P.C. Vas Nunes, 'Geen gez., ..., iedereen gelijk', ArbeidsRecht 2000, p. 25; idem, 'Gelijke beloning: een verkenning aan de hand van het Brunnhofer-arrest', ArA 2002/1, p. 47 e.v. Zie Hof Leeuwarden 18 december 2012, «JAR» 2013/53, HvJ EU 28 februari 2013, «JAR» 2013/91 en Hof's-Hertogenbosch 5 maart 2013, «JAR» 2013/106.

[2001] 30 januari 2004, «JAR» 2004/68; G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', ArbeidsRecht 2004, p. 498; M.S.A. Vegter, 'Gelijke beloning voor werk van gelijke waarde', Sociaal Recht 2004, p. 157;

W. van Eck, 'Gelijke arbeid, gelijk loon?', ArA 2004/2. Zie verder de commentaren 'Gelijke behandeling'.

[2001] 18 oktober 2011, «JAR» 2011/291.

[2001] 30 oktober 1997, «JAR» 1997/129; Ktr. Amsterdam 2 oktober 1997, «JAR» 1997/235; Ktr.

Amsterdam 30 juli 1998, «JAR» 1998, 231; Ktr. Dordrecht 2 april 1998, «JAR» 1998/115; Rb. Almelo 2 september

1998, «JAR» 1998/234; Ktr. Nijmegen 1 maart 2005, «JAR» 2005/127; Ktr. Den Bosch 11 november 2004, «JAR» 2005/23.

[2001] 28 maart 2012, «JAR» 2012/120; Ktr. 9 mei 2004, «JAR» 2004/136; Ktr. Amsterdam 20 september 2011, Prg. 2002/5821; Ktr. Amersfoort 1 juni 2005, «JAR» 2005/158.

[2001] Voorbeeld Hof Arnhem 27 april 2010, «JAR» 2010/143 (werkgever mag seniorenverlof intrekken omdat de werkdruk is van leeftijdsdiscriminatie); Hof Leeuwarden 18 december 2012, «JAR» 2013/53 (geen overgangsregeling voor uit bij leeftijdsdiscriminatie).

[2001] 22 februari 2012, «JAR» 2012/81, Rb. Amsterdam, 13 november 2012, «JAR» 2013/8.

[2001] 20 december 2012, «JAR» 2013/44.

[2001] 2 oktober 1997, «JAR» 1997/235; Ktr. Enschede 4 december 1998, Prg. 1999, 5099; Ktr. Hoorn

30 oktober 1998, «JAR» 1998/218.

Overgangsregeling	Voor zover in dat verband sprake is van een negatieve, vaak financiële, wijziging voor de werknemer, ligt het op de weg van de werkgever om een overgangsregeling te treffen. Deze regeling moet in verhouding staan tot de aard van de te wijzigen arbeidsvoorwaarden en de omstandigheden van het geval. <sup>130</sup>
Type arbeidsvoorwaarde	Eveneens is het type arbeidsvoorwaarde en het niveau van de wijziging van belang. Het maakt verschil of een werkgever primaire arbeidsvoorwaarden, zoals het 'vaste' salaris, dan wel secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden wil wijzigen. <sup>131</sup> Zo zal niet snel worden aanvaard dat dat een werknemer moet instemmen met een voorstel tot loonsverlaging. <sup>132</sup>
Niveau wijziging	Met het voorgaande hangt het niveau samen van de te wijzigen beloning (regeling). Hoe ingrijpend is de wijziging voor het totale arbeidsvoorwaardenniveau? Zijn er nog andere versoberingen in de arbeidsvoorwaardensfeer doorgevoerd of staan er nog versoberingen op de agenda? Als werknemers reeds op andere delen van het arbeidsvoorwaardenpakket (hebben) moeten inleveren, speelt dit gegeven een rol bij de beoordeling van de voorgenen wijziging. <sup>133</sup>

130 Ktr. Utrecht 27 april 2011, «JAR» 2011/162 (wijziging van werktijden toegestaan; het belang van de werkgever woog zwaarder dan de zorg voor een 14-jarige zoon); Hof Arnhem 27 maart 2011, LJN BP8529 (wijziging standplaats vrachtwagen waarbij werknemer – naar analogie van een cao-bepaling m.b.t. verplaatsing van de werkgever – gedurende een jaar werd gecompenseerd voor de extra reistijd die hij moest maken. Aldus was volgens het hof voldoende aan de belangen van de werknemer tegemoetgekomen); Ktr. Apeldoorn 23 december 2009, «JAR» 2010/23 (wijziging werkgeversbijdrage geëindigd zonder overleg en zonder overgangsregeling); Ktr. Rotterdam 17 januari 2005, «JAR» 2005/91 (demotie met behoud van salaris wegens disfunctioneren redelijk); Ktr. Rotterdam 24 februari 2005, «JAR» 2005/106 (overplaatsing met overgangsregeling); Ktr. Hilversum 11 augustus 2004, «JAR» 2004/246 (harmonisatie van arbeidsvoorwaarden); Ktr. Hoorn 22 februari 2002, «JAR» 2002/71 (demotie met salarisverlaging; telkens 10 procent per half jaar met maximum van dertig procent); Ktr. Dordrecht 2 april 1998, «JAR» 1998/115 (wijziging autokostenregeling met aanbod van andere functie en terugkeergarantie); Ktr. Enschede 5 december 1996, «JAR» 1997/18 (salarisverlaging na demotie redelijk mits er een afbouwregeling komt); Ktr. Breda 16 februari 1994, «JAR» 1995/3 (het – na 12 jaar – niet langer betalen van werknemersdeel pensioenpremie door werkgever geoorloofd mits er een afbouwregeling wordt gehanteerd); Ktr. Utrecht 30 juni 1995, «JAR» 1995/203 (verval van functie, werkgever biedt andere functie aan met afbouwregeling salaris gedurende zeven jaar).

131 Ktr. Den Haag 6 juli 2004, «JAR» 2004/175.

132 Vznr. Ktr. Zutphen 27 maart 2013, «JAR» 2013/116.

133 Ktr. Delft 3 september 1998, «JAR» 1998/232.

...lang zijn voorts bij de werknemer gewekte verwachtingen c.q. gedane toezeggingen met zoals in het medezeggenschapsrecht en het commune contractenrecht. De werkgever verwachtingen gecreëerd ten aanzien van het continueren van de functie (ondanks de gewijzigde regelgeving) of zelfs garanties dienaangaande verlenen. Het kan dan wel een belangrijke factor zijn die een wijziging minder gemakkelijk maakt. Garanties zullen, behoudens onvoorziene of gewijzigde omstandigheden, niet worden nagekomen.<sup>135</sup> Dat geldt ook voor een collectieve garantie zo blijkt uit het *Alpina-arrest*<sup>136</sup> en voor toezeggingen die zijn gedaan aan de ondernemingsraad.<sup>137</sup> Het is niet verwonderlijk dat de werknemer zich op beschermende arbeidswetgeving en wil de werkgever aan een wijziging van de arbeidsvoorwaarden doorvoeren (bijvoorbeeld in de vorm van een overplaatsing) dan zal in beginsel geen sprake zijn van een 'redelijk voorstel'.<sup>138</sup>

Garantie/toezegging

Beschermende wetgeving

#### C.4.5 Restcategorie: de onaanvaardbaarheidsmaatstaf

Een wijzigingscasus niet kan worden beoordeeld langs de beoordelingscriteria van artikel 7:613 BW, is het altijd mogelijk na te gaan of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid tot het door de werkgever bereikte resultaat leidt. Dit betreft een vrij zware toets: er moet immers op grond van artikel 6:248 lid 2 BW sprake zijn van een 'onaanvaardbare' situatie. De Hoge Raad heeft in navolging van de wetgever – herhaaldelijk erop gewezen dat bij de laatste toetsing een grote mate van terughoudendheid door de rechter in acht moet worden genomen. Dit is ook het geval als het de toepassing van de beperkende werking van de arbeidsverhouding betreft, zo blijkt onder meer uit het eerder aangehaald arrest *Parallel Entry/KLM* en het arrest *Frans Maas*.<sup>139</sup> In *Parallel Entry/KLM* oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in de beloning op grond van het gelijkheidsbeginsel ongedaan gemaakt moet worden, beantwoord moet worden aan de hand van een maatstaf 'van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW'. In het *Frans Maas*-arrest werd met betrekking tot de wijziging van een suppletierегeling dezelfde conclusie getrokken. In dit arrest betrof het een wijziging wanneer een werkgever bevoegd is een suppletierегeling bij ziekte te wijzigen op grond van redelijkheid en billijkheid. Ten gevolge van de inwerkingtreding van de Wet terugdringing ziekteverzuim (Wet TZ) op 1 januari 1994, de voorloper van de Wet-Wulb, werd de wettelijke regeling met betrekking tot de loondoorbetaling van

135. Zie Zuthphen 27 april 2004, «JAR» 2004/127 (er was wel een salarisgarantie verstrekt, maar deze gold enkel voor de periode dat de werknemer de hem toebedeelde functie zou blijven vervullen; de vraag of de werknemer aanspraak kon maken op het oude salaris werd beantwoord langs de band van het goed werkgeverschap); 136. *Alpina* 4 oktober 1995, «JAR» 1996/20 (toezegging van werkgever het oude salaris te betalen na aanwijzing van een lagere functie door werknemer is niet 'eeuwig', maar mag niet reeds na een jaar worden ongedaan gemaakt); Pres. Rb. Leeuwarden 21 maart 2000, «JAR» 2000/99 (van werknemer kon niet worden verwacht dat hij het lagere salaris accepteert, nu het een aanzienlijke verlaging betreft, hem een schriftelijke toezegging is gedaan dat hij er niet in salaris op achteruit zou gaan als hem een functie zou worden aangeboden); 137. *Alpina* 4 oktober 1995, «JAR» 1996/20 (maximaal twee salarisschalen lager en het eiser niet is te verwijten dat zijn functie als gevolg van reorganisatie zou vervallen). Ktr. Amsterdam 16 november 1999, «JAR» 1999/237 (werkgeefster was aan toezegging gebonden, tenzij werknemer had moeten onderkennen dat de betreffende regeling in dit geval verkeerd was toegepast).

138. Zie dit verband Hof Amsterdam 18 oktober 2011, «JAR» 2011/291 (individuele toezegging aan werknemer aan aanzien van leaseregeling waaraan werkgever was gebonden; instemming van COR met een wijziging van de leaseregeling deed hieraan niet af).

139. Rb. Rotterdam 19 november 1993, NJ 1994, 156.

140. Rb. Hilversum 13 januari 2010, «JAR» 2010/78.

141. Rb. EU 14 oktober 2010, «JAR» 2010/297 (gedongen overplaatsing na beroep op arbeidstijdenrichtlijn in strijd met EU-recht).

142. Rb. 30 januari 2004, «JAR» 2004/68 (Parallel Entry/KLM) en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 m.nt. ARB (Frans Maas).

de werknemer namelijk ingrijpend gewijzigd c.q. voor de werkgever verzwaaard. Om deze reden had Frans Maas Nederland BV een eenzijdige wijziging van de suppletiereregeling doorgevoerd, in die zin dat de werknemers voortaan op de eerste vijf ziekte dagen 70% in plaats van 100% van hun loon ontvingen. De FNV vorderde een verklaring voor recht dat werkgeefster gehouden was deze suppletiereregeling ook na 1 januari 1994 te blijven naleven, met dien verstande dat tijdens ziekte en vanaf de eerste ziekte dag 100% van het laatstverdiende nettoloon werd betaald. In cassatie overwoog de Hoge Raad dat het cassatiemiddel terecht betoogde dat de rechtbank een onjuiste maatstaf had aangelegd bij de beantwoording van de vraag of het Frans Maas in verband met de inwerkingtreding van de Wet TZ was toegestaan de suppletiereregeling eenzijdig te wijzigen. De rechtbank had deze vraag bevestigend beantwoord op grond van haar oordeel dat het in de gegeven omstandigheden niet redelijk was dat Frans Maas de suppletiereregeling ongewijzigd in stand zou moeten laten. 'Niet redelijk' vormt echter een andere maatstaf dan die welke in de meer terughoudende woorden 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' tot uitdrukking is gebracht in artikel 6:248 lid 2 BW, aldus de Hoge Raad. Na verwijzing kwam Hof Den Bosch tot de conclusie dat de door Frans Maas doorgevoerde wijziging niet aan voornoemde onaanvaardbaarheidsmaatstaf voldeed.<sup>140</sup> Ook in andere procedures waarin de werkgever met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW een (regeling met betrekking tot een) arbeidsvoorwaarde wil wijzigen, wordt door de rechter terughoudend omgegaan met de onaanvaardbaarheidsmaatstaf.<sup>141</sup>



### C.5 Imprévision

Wijziging, rechtsgevolgen overeenkomsten

Een bijzondere rechtsgang voor de wijziging van een overeenkomst is neergelegd in artikel 6:258 BW. Dit artikel kan eveneens, al dan niet in beperkte mate, ten aanzien van arbeidsovereenkomst kan worden toegepast.<sup>142</sup> Volgens dit artikel kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel ontbinden op grond van omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Een wijziging of ontbinding kan echter niet worden uitgesproken voorzover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

#### C.5.1 Onvoorziene omstandigheid

Wijziging, onvoorziene omstandigheid

Van een onvoorziene omstandigheid is geen sprake wanneer deze omstandigheid op het moment dat de overeenkomst wordt aangegaan voorzienbaar is. Dan wordt deze geacht te zijn verdisconteerd in de overeenkomst.<sup>143</sup> Eventueel is dan wel een beroep op dwaling of overmacht mogelijk. Wat als voorzienbaar moet worden aangemerkt hangt af van hetgeen partijen over en weer van elkaar mogen verwachten.<sup>144</sup> Daarbij

<sup>140</sup> Hof Den Bosch 18 juni 2001 en 1 april 2003, «JAR» 2003/128.

<sup>141</sup> Zie voor een succesvol beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, «JAR» 2009/261 waarover J.N. Stamhuis, 'Vertrekregeling ABN-managers gewaarborgd of niet? Twee tegenovergestelde oordelen', TRA 2010/1, p. 22-24. In hoger beroep is het vonnis van de kantonrechter vernietigd. Het Hof oordeelde dat geen sprake was van een situatie die een beroep op de onaanvaardbaarheidsmaatstaf rechtvaardigde: Hof Amsterdam 28 september 2010, «JAR» 2010/270 waarover A.F. Bungener, 'Vertrek ABN-managers: hoe nu verder in de praktijk', TRA 2011/14.

<sup>142</sup> Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit, Den Haag: Bju 1999, p. 246 e.v.

<sup>143</sup> A.S. Hartkamp, Verbintenissenrecht II, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 333. Zie hieromtrent ook E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Imprévision en zelfregulering, Nederlands Tijdschrift voor burgerlijk recht, 2006, p. 40-53 en A.F. Bungener, Proportionele redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht, Arbeidsrecht 2006, 6-7 p. 12-16.

<sup>144</sup> W.L. Valk, aantekening 19.3 op artikel 6:258 BW, Verbintenissenrecht (losbl.).

inhoud van de overeenkomst worden geïnterpreteerd aan de hand van de Haviltex-regel.<sup>145</sup> In het Haviltex-arrest heeft de Hoge Raad aangegeven dat de uitleg van een overeenkomst aankomt 'op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en dat het niet aan zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Daarbij wordt volgens de Hoge Raad een rol 'tot welke maatschappelijke kringen partijen behoorden en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht'.

Van belang is of de voorgedane omstandigheden feitelijk door de partijen zijn voorzien. Het is relevant in beginsel of de omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar waren, al kan dit gegeven wel een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of partijen deze omstandigheden hebben verdisconteerd.

Onvoorziene omstandigheden kunnen een algemeen karakter hebben, zoals een natuurramp, of ze kunnen slechts één of enkele overeenkomsten betreffen.<sup>146</sup> Deze omstandigheden mogen op grond van artikel 6:258 lid 2 BW niet tot wijziging van de aard van de overeenkomst of verkeersopvattingen voor risico komen van de partij die zich erop beroept (artikel 6:258 lid 2 BW). Een voorbeeld hiervan vormt de uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam. De kantonrechter overwoog dat de wijziging van een bedrijf door een ander concern, waarbinnen andere regels golden, geen omstandigheid is die krachtens de geldende verkeersopvatting voor rekening van de werkgever komt.<sup>147</sup> Evenzo werd een wijziging van het Besluit Tabaksautomaten een onvoorziene omstandigheid.<sup>148</sup>

### C.5.2 Meerwaarde van artikel 6: 258 BW

De totstandkoming van artikel 6:258 BW werd opgemerkt dat het artikel als een bijzondere regel voor een extreem geval van de beperkende werking van ongeschreven wetten. De uitwerking van de meer algemene bepaling van artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid), moet worden beschouwd.<sup>149</sup> Hoewel werd onderkend dat ook zonder de wettelijke bepaling van artikel 6:258 BW een vergelijkbaar resultaat zou kunnen worden bereikt met een beroep op artikel 6:248 BW, meende de wetgever dat het een aanbeveling verdiende de ontwikkeling van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen bepaalde perken te houden door daaraan een wettelijke afbakening te geven. Dit is bereikt door in artikel 6:258 BW te bepalen dat de wijziging van de overeenkomst alleen kan plaatsvinden wanneer de daar bedoelde onvoorziene omstandigheden daartoe aanleiding geven en slechts tot stand kan worden gebracht op basis van de uitspraak van de rechter aan wie, wanneer eenmaal aan deze voorwaarde is voldaan, een discretionaire bevoegdheid toekomt.

De wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever er vanwege de ingrijpendheid van een wijziging in de overeenkomst voor heeft gekozen om een aparte wettelijke regeling te maken.<sup>150</sup> Artikel 6:258 BW zou volgens de wetgever de buitengrens van artikel 6:248 BW bepalen voor die gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutioneel vonnis in de verhouding van partijen in te grijpen.<sup>151</sup> De rechter zal in het eerste moeten onderzoeken wat krachtens de overeenkomst in verband met de bepalingen van artikel 6:248 BW geldt, en pas daarna, voorzover dit door een der partijen wordt gewenst, zal toekomen aan een eventuele constitutieve beslissing op grond van artikel 6:258 BW. Bestaat hiernaast nog ruimte voor de redelijkheid en bil-

Wijziging, Lex specialis

Wijziging, constitutief vonnis

<sup>145</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

<sup>146</sup> B. Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 6-III, Deventer: Kluwer 2005, nr. 436 e.v.

<sup>147</sup> Rb. Rotterdam 28 oktober 2004, *eJAR* 2005/73.

<sup>148</sup> Rb. Utrecht 17 mei 2006, *eJIN* 2006/294.

<sup>149</sup> *Van der Grinten*, *Gez.* Boek 6, p. 973-974.

<sup>150</sup> *Van der Grinten*, *Gez.* Boek 6, p. 973.

<sup>151</sup> *Van der Grinten*, *Gez.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1827 e.v.

Wijziging, artikel 6:258  
BW, terughou-  
dendheid

lijkheid? Dit vraagstuk heeft in de literatuur voor de nodige discussie gezorgd. Het wordt gezien als een aanvulling<sup>152</sup> of als een *lex specialis*.<sup>153</sup> In een uitspraak van 25 juni 1999 geeft de Raad wel aan dat een beroep op artikel 6:258 BW niet uitsluit dat ook een beroep plaatsvindt op de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid.<sup>154</sup>

Volgens de wetgever dient de rechter terughoudend te zijn in de toepassing van artikel 6:258 lid 1 BW.<sup>155</sup> Slechts bij hoge uitzondering zijn omstandigheden van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Door de Hoge Raad is deze opvatting, zowel vóór als na de inwerkingtreding van dit artikel, onderschreven.<sup>156</sup> De terughoudende opstelling die de rechter moet betrachten, vloeit voort uit de tekst van artikel 6:258 lid 1 BW: alleen in het geval van onvoorziene omstandigheden, die niet krachtens de aard of verkeersopvattingen voor risico komen van degene die zich erop beroept, bestaat een legitimatie voor rechterlijk ingrijpen.

Wijziging, Boek 6 BW,  
arbeidsrecht

### C.5.3 Toepassing van artikel 6: 258 BW in het arbeidsrecht

Het is opvallend dat deze aanpassingsmogelijkheid weinig binnen het arbeidsrecht wordt gebruikt.<sup>157</sup> Naar de redenen waarom kan men slechts gissen. Wellicht ligt het niet alleen aan het rechtsgebied zelf.<sup>158</sup> In de schaarse jurisprudentie valt echter wel een lijn te ontdekken. Daarbij geldt als basis een uitspraak van de Hoge Raad uit 1993.<sup>159</sup> In deze kwestie had de werkgever de werknemer gegarandeerd dat de rechter ten aanvaarden van een andere, lagere functie zijn oude bezoldigingsniveau behield. In weerwil hiervan verlaagde de werkgever de hoogte van het loon. Daarbij beriep hij zich op de aanwezigheid van een onvoorziene omstandigheid. De Hoge Raad oordeelde dat: 'bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat de rechter ten aanzien van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid dient te betrachten'.<sup>160</sup> Terughoudendheid is in het bijzonder geboden wanneer het, zoals hier, gaat om de vraag of op grond van onvoorziene omstandigheden nakoming van een door de werkgever onder de benaming 'garantie' zonder enig voorbehoud aan de werknemer gedane toezegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer door de werknemer mag worden verwacht'.

152 Jac. Hijma, Het constitutionele wijzigingsvonnis (rede), Deventer: Kluwer 1989, p. 14-18.

153 A.S. Hartkamp, *Verbindenissenrecht II, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 34;

G.J.J. Rijken, 'Redelijkheid en billijkheid (Monografieën nieuw BW, A5)', Deventer: Kluwer 1994, nr. 41; Y.

Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag: BJu 1999, p. 207-209.

154 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (CSM); HR 27 april 1984, NJ 1984, 679; J.W. Klinckhamers, 'Voorziet de imprévision', *ArbeidsRecht* 2000, 8/9, nr. 42.

155 Parl. Gesch. Boek 6, p. 974.

156 Vgl. HR 19 november 1993, NJ 1994, 680; HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786 (oud BW).

157 W. Snijders, 'De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht', in: L.P. Asscher-Vonk c.s., *Onderneming en Werknemer*, Deventer: Kluwer 2001, p. 17.

158 P. Abas, 'Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW', *WPNR* 1998, nr. 6307, p. 213.

159 HR 10 november 1993, «JAR» 1993/274.

160 Vgl. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679; HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786.

naemde terughoudendheid komt ook tot uitdrukking in de lagere rechtspraak. Het is de rechter herhaaldelijk geen aanleiding gezien om op basis van gewijzigde omstandigheden gemaakte afspraken omtrent pensioenpremies te wijzigen.<sup>162</sup> Het verzoek van ABN AMRO om een contractuele afvloeiingsregeling voor managers te wijzigen werd eveneens afgewezen.<sup>162</sup> Wel is de *imprévision* toegepast op grond met de wijziging van de zorgverzekeringswetgeving.<sup>163</sup> Het is mogelijk dat ook in de bouwwereld en een daardoor slechte financiële positie van een werkgever worden aangemerkt als 'gewijzigde omstandigheden' die aanleiding kunnen geven tot wijziging van een contractuele afvloeiingsregeling.<sup>164</sup> De rechtspraak blijkt dat de kans gering is dat toepassing van een ander wijzigingsregime, zoals de (redelijkheids)maatstaf van artikel 7:613 BW of artikel 7:611 BW, een andere uitkomst zou hebben geleid.

### C.6 Wijzigingsontslag

De eerste te bespreken mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te wijzigen is de mogelijkheid dat de werkgever de arbeidsovereenkomst poogt te beëindigen en gelijktijdig een nieuwe arbeidsovereenkomst, met nieuwe aangepaste arbeidsvoorwaarden, aan te bieden.<sup>165</sup> Bij de beëindiging kan worden gedacht aan een opzegging of een ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

#### C.6.1 De opzegging

Bij opzegging moet worden gekeken naar de mogelijkheid bij het UWV om toestemming te verkrijgen en naar de opzegging zelf. Om in aanmerking te komen voor een ontslagvergunning moet op basis van het Ontslagbesluit worden beoordeeld of het ontslag redelijk is (artikelen 3:1 en 5:1 lid 4 Ontslagbesluit). Toestemming voor opzegging wordt alleen verleend indien de werkgever aannemelijk maakt dat de werknemer op lichtvaardige gronden weigert in te gaan op het aanbod van de werkgever, terwijl de werkgever in redelijkheid niet kan worden verwacht dat de arbeidsverhouding voortgecontinueerd. Problematisch is echter dat het UWV in het geheel geen voorwaarde heeft voorwaarden, dus ook niet het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst, aan de toestemming te verbinden.<sup>166</sup> In de literatuur is overigens wel een verband gebroken om de mogelijkheden van het wijzigingsontslag via de UWV-route te beperken.<sup>167</sup> Op grond van artikel 4:5 Ontslagbesluit is het UWV slechts bevoegd één voorwaarde aan de vergunning te verbinden, namelijk de voorwaarde van herindienstneming binnen zes maanden tegen bij de werkgever gebruikelijke arbeidsvoorwaarden. Het gevolg hiervan is echter dat de voorwaarde tot herindienstneming een gewijzigde arbeidsvoorwaarden nietig is, terwijl het resterende deel van de vergunning in tact blijft.<sup>168</sup>

Om wordt de voorwaardenconstructie omzeild door toestemming te verlenen onder de genoemde premisse dat de werkgever de werknemer een nieuw contract tegen andere arbeidsvoorwaarden aanbiedt. De toestemming wordt dus onvoorwaardelijk verleend, maar bij de verlening ervan wordt expliciet melding gemaakt van de door de werkgever gedane toezegging een nieuw contract tegen andere arbeidsvoorwaarden

Wijzigingsontslag,  
beëindiging, ver-  
nieuwing

Beëindiging UWV,  
voorwaardelijk

Beëindiging UWV,  
afpraak

<sup>162</sup> Rb. Utrecht 24 maart 1993, «JAR» 1993/105; Ktr. Delft 27 januari 1994, «JAR» 1994/54.

<sup>163</sup> Rb. Utrecht 9 oktober 2009, «JAR» 2009/264. Zie hierover J.N. Stamhuis, 'Vertrekregeling ABN-managers: wie is borgd of niet? Twee tegenovergestelde oordelen', TRA 2010/1, p. 22-24.

<sup>164</sup> Rb. Amsterdam 6 maart 2009, «JAR» 2009/79; Ktr. Utrecht 28 januari 2009, «JAR» 2009/86.

<sup>165</sup> Rb. Arnhem 10 december 2012, «JAR» 2013/47.

<sup>166</sup> H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 258 e.v.

<sup>167</sup> Rb. 8 december 1993, «JAR» 1994/1.

<sup>168</sup> A.M. C.M. Jaspers, 'Naar een nieuwe balans tussen werkgeversgezag en werknemersrecht', in: L. Betten e.a.

(red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer: Kluwer, 1997, p. 93.

<sup>169</sup> M. A. Zondag, 'Tijdelijk gebrek aan werk: ontslag of werktijdverkorting?' *Sociaal Recht* 1998, p. 184-186.



aan de werknemer aan te bieden. Er bestaat dan natuurlijk een risico dat de werkgever zich niet houdt aan bij de vergunningverlening gemaakte afspraken. Het UWV zal zich dit terdege moeten realiseren. Wanneer de werkgever de premisse en het vertrouwen van het UWV 'schendt', of wanneer het UWV een rechtsongeldige voorwaarde in de vergunning opneemt en de werkgever deze voorwaarde niet nakomt, zijn er drie acties denkbaar. In de eerste plaats kan men stellen dat veelal sprake zal zijn van een kennelijk onredelijk ontslag als bedoeld in artikel 7:681 BW, zodat de rechter de werkgever veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding en/of herstel van dienstbetrekking.<sup>169</sup> In de tweede plaats kan, als de verjaringstermijn van zes maanden verstreken is, de werkgever aansprakelijk worden gesteld op grond van een onrechtmatige daad.<sup>170</sup> In de derde plaats is denkbaar dat het UWV op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld. Dit is mogelijk als het UWV door een rechtsongeldige voorwaarde op te nemen in strijd handelt met het Ontslagbesluit. Ook is plaats voor een onrechtmatige daad als het UWV gebruik maakt van een premisse, maar er niet op had mogen vertrouwen dat de werkgever een ander dienstverband voor de afgesproken omvang of tegen de afgesproken arbeidsvoorwaarden aanbod zou bieden, of als het UWV in de vergunning geen duidelijkheid heeft verstrekt over de premisse waaronder de vergunning is verstrekt.

Voorts blijkt het UWV bereid te zijn om in voorkomende gevallen ten aanzien van een werknemer die weigert een aanpassing van de arbeidsovereenkomst te accepteren (onder toepassing van het Taxi-Hofman- of Stoof-Mammoetcriterium) een ontslagvergunning te verlenen. Een voorbeeld hiervan is CWI 22 december 2008, «JAR» 2008/77. In casu werd van de werknemer verlangd in het vervolg op flexibelere tijden en op verschillende locaties de werkzaamheden te verrichten. Dit werd door de werknemer geweigerd. De CWI oordeelde dat de werkgever beschikte over een ondernemersvrijheid om zijn eigen organisatie in te richten. In dat kader kon van de werknemer een (meer) flexibele opstelling worden verwacht. In het Woonzorgarrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een 'wijzigingsontslag' langs de UWV-weg op zichzelf rechtsgeldig is.<sup>171</sup> In casu ging het om een werknemer die werkzaam was als beheerder van een wooncomplex, waarbij hij beschikbaarheidsdiensten verrichtte. De werkgeefster besloot deze diensten uit te besteden en heeft in verband daarmee de CWI toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De CWI verleende de vergunning met als premisse dat de werkgeefster de werknemer een (nieuwe) arbeidsovereenkomst heeft aangeboden voor 36 uur per week met overigens evenredig aangepaste arbeidsvoorwaarden. De werkgeefster heeft vervolgens opgezegd en een schadeloosstelling aangeboden. De werknemer – die de aangeboden functie aanvaardde – heeft daarop in rechte gevorderd voor recht te verklaren dat het ontslag kennelijk onredelijk is, waartoe de werknemer stelt dat sprake is van een wijzigingsontslag. Kantonrechter en hof wezen de vordering af. De Hoge Raad overwoog als volgt: 'Anders dan in het middel wordt gesteld, is bij de door de CWI gegeven toestemming geen sprake van een voorwaardelijke toestemming, maar van een toestemming waarbij wordt uitgegaan van de premisse dat de werkgever een aanbod doet een nieuwe, aansluitende arbeidsovereenkomst met gewijzigde arbeidsvoorwaarden te sluiten. Die toestemming blijft ook wanneer dat aanbod niet wordt gedaan in stand. Dat bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen in het algemeen een dergelijke premisse niet zou mogen worden gesteld, kan niet worden afgeleid uit het Ontslagbesluit. Ook kan niet in het algemeen worden gezegd dat (de strekking van) het BBA daaraan in de weg staat. Aan die strekking –

169 HR 20 juni 1975, NJ 1975, 436 m.nt. WLH; HR 1 juli 1983, NJ 1984, 105 (Mercedes/Van Dokkum).

170 HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 m.nt. PAS (Pratt & Whitney).

171 HR 24 december 2010, «JAR» 2011/20. Zie hierover o.a. D.J. Buijs, TRA 2011/27, P.L.M. Schneider, 'De Vries/Stichting Woonzorg Nederland: de introductie van een nieuwe eenzijdige wijzigingsmodaliteit?', TAP 2011, p. 130-138 en D.J.B. De Wolff, Hoge Raad legitimeert wijzigingsontslag, ArbeidsRecht 2011/14.

voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen – kan bij een wijzigingsontslag hieraan de orde zijn voldaan doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren, het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door de CWI in het kader van de toelating van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst. In het verlengde van de voorgaande kan ook niet als juist worden aanvaard de in het middel besloten ligging opvatting dat een ontslag met toestemming van de CWI slechts mag worden verleend indien hetzij geen aansluitende arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, hetzij een aansluitende arbeidsovereenkomst wordt aangeboden in het kader van een deeltijdontslag in welk geval de werkgever ter verkrijging van de toestemming van de CWI aannemelijk dient te maken dat dit deeltijdontslag onvermijdelijk is (art. 4:3 ontslagbesluit). Wel wees de Hoge Raad erop dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een 'kennelijk onredelijk ontslag': 'Op zichzelf is juist dat wanneer de in het middel bedoelde uit art. 7:613 en 7:611 voortvloeiende rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijke (voorstellen tot) wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt omzeild doordat is gekozen voor een wijzigingsontslag met toestemming van de CWI, zulks een omstandigheid is die moet worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij moeten evenwel, zoals steeds bij de beoordeling van een op art. 7:681 lid 1 en 2 gebaseerde vordering, ook de overige omstandigheden van het geval worden betrokken teneinde te beoordelen of bij de keuze van de werkgever voor het wijzigingsontslag is voldaan aan de in die bepaling neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.'

### C.6.2 De ontbinding

Een andere optie is dat de werkgever verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Dit laatste kan tot gevolg hebben dat er geen of slechts een kleine ontbindingsvergoeding moet worden betaald. De kantonrechter moet in dit geval antwoord geven op de vraag of sprake is van een wijziging van omstandigheden. Bij een schaarse jurisprudentie aanwezig waarbij deze ontbinding onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt geaccepteerd.<sup>172</sup> Het risico is echter dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst toch ontbindt onder toekenning van een (hoge) vergoeding.<sup>173</sup>

Wijzigingsontbinding,  
vernieuwing, kanton-  
rechter

### C.6.3 Verweer tegen wijziging

Waar de goede orde wordt erop gewezen dat het doorvoeren van eenzijdige wijziging door de werkgever ertoe kan leiden dat een ontslag voor de werknemer volgt. Daarbij zal met name de vraag ontstaan of er ontbonden moet worden en tegen welke vergoeding. Een werknemer die ten onrechte niet mee werkt ontvangt geen of een geringe vergoeding. Is de wijziging daarentegen onredelijk dan zal het verzoek niet worden gehonoreerd of wordt een hogere vergoeding toegekend.<sup>174</sup>

Wijziging, verweer

### C.7 Historie

Artikel 7:613 BW is specifiek voor het arbeidsrecht in het leven geroepen. Voordat het werd geïntroduceerd was in de wet een regeling omtrent het arbeidsreglement opgenomen. Deze regeling was te vinden in artikel 7A:1637j en volgende BW. Deze regeling was sedert 1907 onder invloed van de toenmalige industrialisatie in de wet opgenomen. Hierbij ontstond een wildgroei aan (orde-)regelingen, waardoor de positie van de

Wijziging, historisch  
arbeidsreglement

<sup>172</sup> Rb. Rotterdam 22 juli 1997, «JAR» 1997/191; Ktr. Wageningen 6 april 1988, Prg. 1999, 2986.

<sup>173</sup> Ktr. Den Bosch 17 februari 2000, «JAR» 2000/70.

<sup>174</sup> Ktr. Rotterdam 28 september 2004, «JAR» 2004/268.

# Wijziging, grenzen arbeidsreglement

werknemer zwaar onder druk kwam te staan.<sup>175</sup> Zo werden werknemers hoge boetes opgelegd bij het overtreden van interne voorschriften. Bovendien gingen steeds meer werkgevers ertoe over om zich in de arbeidsovereenkomst een eenzijdige bevoegdheid tot het wijzigen van arbeidsvoorwaarden toe te kennen. De wettelijke regeling van het arbeidsreglement beoogde deze negatieve ontwikkeling tegen te gaan, met name tot het moment dat de collectieve arbeidsovereenkomst meer uitvoerig in de wet zou zijn geregeld.<sup>176</sup>

Opmerkelijk is dat de wettekst geen definitie van het begrip 'arbeidsreglement' bevatte. In het algemeen werd aangenomen dat het een door de werkgever vastgestelde regeling betrof, bestemd om voor alle of bepaalde groepen van werknemers in dienst van de werkgever te gelden.<sup>177</sup> Onduidelijk was echter welke kwesties inhoudelijk in een reglement konden worden geregeld.<sup>178</sup> Pas in 1988 gaf de Hoge Raad enige richting aan de discussie.<sup>179</sup> Volgens de Hoge Raad was het mogelijk dat ook wanneer niet aan alle wettelijke vereisten was voldaan een rechtsgeldig arbeidsreglement bestond. In het verlengde hiervan oordeelde de Hoge Raad in 1992 dat ook wanneer het arbeidsreglement niet ter griffie was gedeponceerd of opgehangen op de werkplek (en dus niet werd voldaan aan alle wettelijke vereisten), een regeling als arbeidsreglement kon worden aangemerkt.<sup>180</sup>

Daarnaast vond nog een andere ontwikkeling plaats. In 1956 accepteerde de Hoge Raad de mogelijkheid om in een arbeidsovereenkomst een incorporatiebeding op te nemen. Door opneming van een dergelijk beding maakten de geïncorporeerde regelingen onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst.<sup>181</sup> Hierdoor ontstond de mogelijkheid om een pseudo-reglement te ontwikkelen.<sup>182</sup> Voorts namen werkgevers steeds vaker een beding in de arbeidsovereenkomst op dat hun het recht gaf om de inhoud van de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. In de, schaarse en met name lagere, jurisprudentie werd een dergelijk eenzijdig wijzigingsbeding in principe geaccepteerd.<sup>183</sup> Daarbij werd de aan de werkgever toekomende eenzijdige wijzigingsbevoegdheid beperkt door de redelijkheid en billijkheid.<sup>184</sup> Omdat werkgevers steeds vaker gebruik maakten van een eenzijdig wijzigingsbeding was volgens het kabinet een onwenselijke situatie ontstaan. Hiertoe werd een nieuw artikel 7:613 BW voorgesteld. Dit wetsvoorstel maakt onderdeel uit van een herziening van de Wet op de ondernemingsraden. Op 4 maart 1998 trad de wet in werking.<sup>185</sup>

175 Voor historische beschouwing: P.W.H. Truijten, *Het rechtskarakter der zoogenaamde arbeidsreglementen*, Amsterdam 1901; A.E. Bles, *De wet op de Arbeidsovereenkomst*, Deel 1, Den Haag 1909, p. 398-550; A.N. Molengraaf, *Arbeidsrecht*, eerste deel, Zwolle 1953, p. 628-635; M.M. Olbers, *'Het reglement, nog steeds een Januskop met twee aangezichten'*, SMA 1975, p. 667-688.

176 A.E. Bles, *De wet op de Arbeidsovereenkomst*, Deel 1, Den Haag 1909, p. 405.

177 E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1924, p. 40; L.J.M. de Leede, *'Arbeidsovereenkomst en CAO'*, in: P.W. Kamphuisen, *Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle 1988, nr. 431.

178 A.G. Mok (in het bijzonder onderdeel 2.1) bij HR 7 oktober 1988, NJ 1988, 335 (IBM); F. Koning, *'Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht'*, Deventer: Kluwer 1987, p. 14-21.

179 HR 7 oktober 1988, ROR 1988, 34 (AKZO); HR 7 oktober 1988, ROR 1988, 35 en NJ 1989, 335 (IBM); P.C. van Nuenen, *'Goed geregeld: het reglement met wijzigingsclausule'*, NV 1989, p. 14-17.

180 HR 22 mei 1992, NJ 1992, 607 (COR/Ziekenhuisgroep Zeeuwisch-Vlaanderen).

181 HR 4 mei 1956, NJ 1956, 299.

182 Zie J.G.F.M. Hoffmans, *Van personeelsgids tot CAO*, Den Haag 1992.

183 Ktr. Amsterdam 19 maart 1992, Prg. 1992, 3672, KG 1992, 403.

184 HR 1 juli 1976, NJ 1977, 48; HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM); Ktr. Amsterdam 5 december 1995, Prg. 1996, 4474; Ktr. Den Haag 16 september 1998, Prg. 1999, 5168.

185 Stb. 1998, 107, zie voor de wetgeschiedenis: Kamerstukken I 1997-1998, 24615.

## D. Jurisprudentie uitgebreid

D

17 oktober 1988, NJ 1989/335 (IBM): 'Dat een beroep van individuele medewerkers in strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de OR tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.'

19 januari 1991, NJ 1991/272: 'Dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht (HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708, onder 3.3.1). Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking; daartoe vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alnog geldend zou maken (HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, onder 3.3).'

10 november 1993, «JAR» 1993/274: 'Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat de rechter ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudendheid dient te betrachten (vgl. HR 22 april 1984, NJ 1984, 679, en HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786). Terughoudendheid kan in het bijzonder geboden worden wanneer het, zoals hier, gaat om de vraag of op grond van onvoorziene omstandigheden nakoming van een door een werkgever onder de naam 'garantie' zonder enig voorbehoud aan een werknemer gedane toezegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer door de werknemer mag worden verwacht. De rechtbank heeft dan ook terecht strenge eisen gesteld aan de verplichting van Campina.'

24 april 1998, NJ 1998, 621: 'Dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht (HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708, onder 3.3.1). Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking; daartoe vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alnog geldend zou maken (HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, onder 3.3).'

26 juni 1998, «JAR» 1998/199 (Taxi Hofman): 'Uit de artikel 7A:1638z en 7A:1639d (oud) BW – inmiddels samengebracht in artikel 7:611 BW – blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. De hier bedoelde verplichting staat ook niet op gespannen voet met het wettelijk stelsel van ontslagbescherming en is evenmin in strijd met de bescherming van de (arbeidsongeschikte) werknemer zoals die in wet en rechtspraak is vastgesteld heeft gekregen. Zij betekent niet meer dan dat, behalve de werkgever, ook de werknemer zich in zijn contractuele verhouding tot de wederpartij redelijk behoort op te stellen. De bescherming van (arbeidsongeschikte) werknemers in het arbeidsrecht kan op zichzelf dan ook niet rechtvaardigen dat een werknemer een redelijk voorstel van zijn werkgever van de hand wijst.'

4 december 1998, «JAR» 1999/31 (Mostert): 'Het onderdeel berust blijkens de toelichting op het in HR 9 september 1994, nr. 15431, NJ 1995, 113: aanvaarde uit-

gangspunt dat, wanneer een werkgever tegen een loonvordering van een werknemer het verweer voert dat het oorspronkelijk overeengekomen loon in een later stadium met toestemming van de werknemer is verlaagd, en de werknemer die toestemming gemotiveerd betwist, de bewijslast rust op de werkgever. Het klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat ook in een geval als het onderhavige, waarin de werkgever stelt dat met de functiewijziging van de werknemer diens arbeidsvoorwaarden zouden worden aangepast aan de nieuwe functie (een salarisverlaging) de bewijslast rust op de werkgever. Deze klacht faalt. De rechtbank is kennelijk van oordeel geweest dat het in het licht van de omstandigheden van het geval zozeer aannemelijk is dat de aanvaarding door Mostert van de functie van beveiligingsbeambte mede aan vaarding inhield van een aanpassing van zijn arbeidsvoorwaarden aan die nieuwe functie, dat behoudens door Mostert te leveren tegenbewijs hiervan moet worden uitgegaan.

- *HR 28 mei 1999, «JAR» 1999/131 (FNV/Kuijpers II)*: gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, mag de werkgever slechts erop vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een voorstel tot salarisverlaging, zonder voorafgaand overleg met de werknemers gedaan op een door de werkgever met het voltallig personeel gehouden vergadering, indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemer tijdens of na de vergadering ondubbelzinnig blijkt van aanvaarding van het voorstel.
- *Hoge Raad 28 april 2000, «JAR» 2000/120 (Midnet Taxi)*: het is voorts opvallend dat bij de toepassing van het Taxi Hofman-criterium een ander toetsstelsel wordt aangebracht dan bij de toepassing van het eenzijdige wijzigingsbeding. Sterker nog, bij het eenzijdige wijzigingsbeding moet zelfs sprake zijn van een zwaarwichtig redeneel. Deze eis wordt bij het Taxi Hofmann-criterium niet gesteld. Op zichzelf kan dit als vreemd worden gezien. Wanneer partijen afspraken maken omtrent het opnemen van een eenzijdig wijzigingsbeding, gelden er striktere regels dan wanneer partijen dit niet afspreken.
- *Hoge Raad 11 juli 2008, «JAR» 2008/204 (Stoof/Mammoet II)*: Er is geen grond in de afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1999, aanvaarde, aan artikel 7:611 ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstave van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven, en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedaan redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd. 3.3.3. Bij het hanteren van de hiervoor

bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare situatie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter onderverming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid de beding toe te passen. Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in schied waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval van gewijzigde omstandigheden op het werk wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven.

**12 februari 2010, RAR 2010, 52, «JAR» 2010/71 (Van Beek e.a.):** De onderhavige wijziging van de pensioenregeling ter zake van de provisie-inkomsten is een wijziging van de arbeidsovereenkomst, waarvoor een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer vereist is. In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de wijziging een verslechtering is voor de werknemers. Het aangaan of een overeenkomst als bedoeld tot stand is gekomen, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer de mogelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze wel instemt met die wijziging heeft ingestemd. Uit het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 1999, LJN ZC2921 kan niet worden afgeleid, dat bij de beantwoording van de vraag of de werknemer met de wijziging heeft ingestemd, niet alle omstandigheden van het geval in de beoordeling mogen worden betrokken, noch dat de rechter steeds zoveel woorden moet vaststellen dat de instemming ondubbelzinnig is.

**24 april 2010, «JAR» 2010/127 (Halliburton):** Met betrekking tot een door de werkgever beoogde wijziging van de pensioenregeling: 'met zijn overweging dat afwijking daarvan van de "uitdrukkelijke instemming" van Van Schaik behoefde, heeft de Hof tot uitdrukking gebracht dat Halliburton aan het stilzitten van Van Schaik de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de betekenis mocht toekennen die deze in 1994 had ingestemd met een voorwaardelijke indexering'.

**24 december 2010, «JAR» 2011/20 (Woonzorg):** Bij een door de CWI (UWV) gegeven toestemming is geen sprake van een voorwaardelijke toestemming, maar van een toestemming waarbij wordt uitgegaan van de premisse dat de werkgever een aanbod doet een nieuwe, aansluitende arbeidsovereenkomst met gewijzigde arbeidsvoorwaarden te sluiten. Die toestemming blijft ook wanneer dat aanbod niet wordt gedaan in stand. Dat bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen in het algemeen een dergelijke premisse niet zou mogen worden gesteld, kan niet worden afgeleid uit het Ontslagbesluit. Ook kan niet in het algemeen worden gezegd

dat (de strekking van) het BBA daaraan in de weg staat. Aan die strekking – het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen – kan bij een wijzigingsontslag als hier aan de orde zijn voldaan doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst. In het verlengde van het voorgaande kan ook niet als juist worden aanvaard de in het middel besloten liggende opvatting dat een ontslag met toestemming van de CWI slechts mag worden verleend indien hetzij geen aansluitende arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, hetzij een aansluitende arbeidsovereenkomst wordt aangeboden in het kader van een deeltijdontslag in welk geval de werkgever ter verkrijging van de toestemming van de CWI aannemelijk dient te maken dat dit deeltijdontslag onvermijdelijk is (artikel 4:3 Ontslagbesluit). (...) Op zichzelf is juist dat wanneer de in het middel bedoelde uit artikel 7:613 en 7:611 voortvloeiende rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijke (voorstellen tot) wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt omzeild doordat is gekozen voor een wijzigingsontslag met toestemming van de CWI, zulks een omstandigheid is die moet worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij moeten evenwel, zoals steeds bij de beoordeling van een op artikel 7:681 lid 1 en 2 gebaseerde vordering, ook de overige omstandigheden van het geval worden betrokken teneinde te beoordelen of bij de keuze van de werkgever voor het wijzigingsontslag is voldaan aan de in die bepaling neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

- *Hof Arnhem 8 december 2009, LJN BK6103*: Het hof stelt voorop dat de werkgever een instructiebevoegdheid toekomt, die hij als goed werkgever binnen redelijke grenzen dient te gebruiken. Van een goed werknemer kan onder omstandigheden verlangd worden dat hij bereid is tijdelijk elders te werken als dat nodig is voor herstel van verstoorde arbeidsverhoudingen. Onder verwijzing naar HR 27 juni 2008, «JAR» 2008/188 overweegt het hof dat, wanneer de werknemer stelt dat hij ten gevolge van een verstoorde arbeidsverhouding zijn werk niet kan verrichten, hij ion beginsel gehouden is alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen.
- *HR 18 maart 2011, «JAR» 2011/108 m.nt. Zondag (Wegener)*: In casu betrof het de vraag of een in een collectieve regeling (winstdelingsregeling) opgenomen eenzijdige wijzigingsbeding voldeed aan het schriftelijkheidsvereiste ex artikel 7:613 BW. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend: 'Het onderdeel stelt voor de toepasselijkheid van artikel 7:613 op, en de gebondenheid van de werknemer aan, een wijzigingsbeding als het onderhavige eisen die geen steun vinden in het recht. Het beding heeft betrekking op wijziging van de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in dezelfde regeling als die waarin het beding voorkomt. Aan de eis van schriftelijkheid is dus voldaan. De tekst van artikel 7:613 stelt in een dergelijk geval niet de eis dat, wil sprake zijn van een wijzigingsbeding in de zin van die bepaling of van gebondenheid van de werknemer aan een zodanig beding, dit ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer dan wel, bij gebreke daarvan, de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft. Ook de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.5 genoemde, in de toelichting op het amendement waarbij de eis van schriftelijkheid van het beding in artikel 7:613 is opgenomen (Kamerstukken II 1996-1997, 24 615, nr. 15) voorkomende, passage dat uit een oogpunt van rechtszekerheid en kenbaarheid aan het beding zelf de formele eis dient te worden gesteld dat het schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen, dwingt niet tot de conclusie dat dit laatste volgens de wetgever eveneens zou moeten gelden voor een wijzigingsbeding als het onderhavige. Met de incorporatie van de winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst is immers voldoende tegemoetgekomen aan de eisen van rechtszekerheid en kenbaarheid waarop die passage doelt, nu over de inhoud en

Wijziging van het beding geen redelijke twijfel kan bestaan. Voor zover het onderdeel betreft dat in een geval als het onderhavige met het oog op de bescherming van de rechten en belangen van de werknemer die door de wijziging zouden kunnen worden getast, extra waarborgen voor de toepassing van artikel 7:613 vereist zijn, kan het niet worden gevolgd, nu die bescherming voldoende is verdisconteerd in de vaststelling dat deze bepaling geeft en bovendien hierdoor wordt geboden dat ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad, hetgeen overigens in overeenstemming is met artikel 27 lid 1, aanhef en onder a, Wet op de ondernemingsraden.' *Uitspraak Arnhem 27 maart 2011, LJN BP8529*: Het antwoord op de vraag of de wijziging van de standplaats van de vrachtwagen een wijziging van een arbeidsvoorwaarde is, kan in het midden blijven. Het is niet in geschil dat in de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst, noch in de CAO met betrekking tot de standplaats een eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 7:613 BW) is opgenomen. Dit betekent dat in beide situaties (zowel ingaande van een wijziging van een arbeidsvoorwaarde als uitgaande van een wijziging van een voorschrift) toetsing aan artikel 7:611 BW dient plaats te vinden. Het dient de uitoefening van het instructierecht te worden getoetst aan de eisen die voortvloeien uit de aard van de werkschap meebrengen. In casu voldeed de beslissing van de werkgever aan deze eisen. Belangrijk aspect van de beoordeling was dat de werkgever met betrekking tot de bedrijfsvoering en de inrichting van haar onderneming een zekere mate van vrijheid toekomt, dat er goede argumenten waren voor de beleidswijziging en dat de werkgever een passende overgangsmaatregel (compensatie gedurende een jaar) had getroffen.

#### F Literatuurverwijzing naar het wijzigingsbeding

19. J. Abas, 'De betekenis van onvoorziene omstandigheden voor de huur- en arbeidsovereenkomst', *Rechtspraak* 1991, nr. 10, blz. 10-13.
20. M. Beltzer, 'De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248', *Arbeid Integraal* 2004/2, p. 31 e.v.
21. M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006-7/8, p. 308-311.
22. M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', *TAP* 2008/1, p. 5-7. 3, met verschillende reacties hierop in *TAP* 2009/4, p. 142-148.
23. M. Beltzer, 'De kenbaarheid van het eenzijdige wijzigingsbeding', *TRA* 2011/89.
24. M. Berghorst, 'De Bonus', *SMA* 2006/5, p. 197-208.
25. P. van Broekhuijsen, 'Outsourcing: een rechtvaardiging voor wijziging van arbeidsvoorwaarden?', *ArbeidsRecht* 2007/11, p. 18-22.
26. F. Bungener, 'Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst', *SR* 2008, p. 245-251.
27. F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Kluwer 2009.
28. F. Bungener, 'Vertrek ABN-managers: hoe nu verder in de praktijk', *TRA* 2011/14.
29. R. Dammingsh en E. Schoenmaker-Tijsseling, 'Eenzijdige functiewijziging bij disfunctioneren: wanneer mag dat wel, wanneer niet?', *ArbeidsRecht* 2007/10, p. 3-8.
30. J.A.C. Driessens en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2013/66.
31. W.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006-7/8, p. 312-314.
32. J.P.M. Fase, 'De afschaffing van het arbeidsreglement en de normering van het eenzijdige wijzigingsbeding', *SMA* 1996, 517-526.
33. J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden', *TRA* 2008/1, p. 12-15.

F



- N. Gundt, 'Art. 7:613 BW als rechtsgrondslag voor wijziging van (kern)arbeidsvoorwaarden?', *TRA* 2009/3, p. 12 e.v.
- N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, Kluwer 2009.
- N. Gundt, 'Artikel 7:613 BW als grondslag voor wijziging van (kern)arbeidsvoorwaarden?', *TRA* 2009/23.
- N. Gundt, 'Beloning in gewijzigde omstandigheden = gewijzigde beloning?', *TRA* 2012/14.
- R. Hansma, 'Met artikel 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen', *Sociaal Recht* 1998, p. 373-375.
- G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.
- P.F. van der Heijden, 'Onvoorziene omstandigheden en de arbeidsovereenkomst', in: P.F. van der Heijden (red.) *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1993, p. 765-770.
- M. Holtzer en W.A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden' p. 149 e.v. in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013.
- M.H. Huizing, 'De eenzijdige roosterwijziging en het goed werkgeverschap / werknemerschap', *Arbeidsrecht* 2012/46
- S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 88 e.v.
- S.F.H. Jellinghaus, 'Interne flexibiliteit, een juridische benadering', *SMA* 2004, p. 132 e.v.
- S.F.H. Jellinghaus, 'Verworven rechten, een ondergeschoven kindje', *Arbeid Integraal* 2000, p. 161 – 163.
- C.S. Kehr-Bot en E.L.J. Bruyninckx, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadeling door rechters gewenst', *ArbeidsRecht* 2005/26.
- Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag: BJu 1999.
- Y. Konijn, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: rechtsverwerking in het arbeidsrecht', *Sociaal Recht* 2001, p. 195-202.
- Y. Konijn, 'Doorwerking van het privaatrecht; over samenloop, kleuring en exclusiviteit', *SR* 2008/12, p. 330-334.
- J.J.M. de Laat, 'Goed werknemerschap en revolutie', *ARA* 2003/1, p. 85-94.
- J.J.M. de Laat, 'Taxi Hofman voorbij?', *SR* 2008, p. 252-255.
- J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Kluwer 2008.
- J.J.M. de Laat, 'Het eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: de kluiten verder afgewikkeld', *ArbeidsRecht* 2011/38.
- C.J. Loonstra, M.E.S. Fiselier, B.R. Vink, 'Ontwikkelingen rechtspraak eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden', *SR* 2007/9, p. 39-46.
- C. Nekeman, 'De standaard-cao als veranderingsinstrument', *Arbeidsrecht* 2012/19.
- T. van Peijpe, 'Contractvrijheid en de werknemer', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 263-378.
- M. Poelsema, 'Het ontstaan van verworven rechten: ligt de heilige graal in Duitsland?', *Arbeid Integraal* 2008/1, p. 73.
- M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werk nemer', *SMA* 1982, p. 489-502.
- M.D. Ruizeveld, 'Eenzijdig wijzigingsbeding ook rechtsgeldig in collectieve regeling', *TRA* 2011/61.
- P.L.M. Schneider, 'De Vries/Stichting Woonzorg Nederland: de introductie van een nieuwe eenzijdige wijzigingsmodaliteit?', *TAP* 2011, p. 130-138. 1
- J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999.
- C.J. Smitskam, 'Eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst', *PS Documenta* 2007/10, p. 725.

- W.G. Timmers, *Wijziging van arbeidsvoorwaarden: de stand van zaken*, *Vennootschap en Onderneming* 2005/11, p. 203-206.
- M. van Tongeren, 'De vaststellingsovereenkomst in het arbeidsrecht', *SMA* 1995, p. 34-40.
- Vas Nunes, 'Imprévision in het arbeidsrecht', *NJB* 1989, p. 1265-1270.
- W. van der Voet, 'Een eenzijdig wijzigingsbeding hoeft niet (altijd?) individueel schriftelijk met de werknemers te zijn overeengekomen. Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Wegener', *AR-updates* 5 april 2011.
- Verburg, 'Het beding van art. 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', *ArA* 2012, p. 22-45.
- de Vroe, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van artikel 7:613 BW', *ArbeidsRecht* 2001/2, nr. 9, p. 22 - 26.
- de Vroe, 'Eenzijdige functiewijziging: Taxiïiiii...?', *ArbeidsRecht* 2004/1.
- M.H. Willems, 'Eenzijdige wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden: theorie en praktijk?', *Nieuwsbrief bedrijfsjuridische berichten* 2007/12, p. 125-129.
- C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.
- B. de Wolff, 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid bij wijziging van arbeidsvoorwaarden', *ArbeidsRecht* 2008-8/9, p. 24-31.
- B. de Wolff, 'Taxi Hofman in revisie', *ArbeidsRecht* 2008/10, p. 9-13.
- B. de Wolff, 'Hoge Raad legitimeert wijzigingsontslag', *ArbeidsRecht* 2011/14.
- B. de Wolff, 'Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2009/78.
- B. de Wolff, 'Demotie of depreciatie van oudere werknemers', *TRA* 2013/5, nr. 43.
- A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *ArA* 2005, 3, p. 4-54.
- A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *RM Themis* 2002, p. 3-16.
- A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden, De stand van zaken', *Sociaal Recht* 2000, p. 46-54.
- A. Zondag, 'Suppletiereregeling in de eerste ziektejaren', *Arbeid Integraal* 2005/3, p. 100 e.v.
- A. Zondag, 'Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *ArA* 2004/3, p. 1-64.